

I. rel.

1431

Erwerb und Schutz des Eigenthums an Mobilien

nach Titel VI, Abschnitt I
des
Bundesgesetzes über das Obligationenrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde

vorgelegt der

hohen staatswissenschaftlichen Facultät

der

UNIVERSITÄT ZÜRICH

von

Oscar von Waldkirch

von Schaffhausen.

ZÜRICH

Druck von Zürcher & Furrer

1885.

Journal.

1431

Waldkirch

Erwerb und Schutz des Eigenthums an Mobilien

nach Titel VI, Abschnitt I

des

Bundesgesetzes über das Obligationenrecht.



Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde

vorgelegt der

hohen staatswissenschaftlichen Facultät

der

UNIVERSITÄT ZÜRICH

von

Oscar von Waldkirch

von Schaffhausen.



ZÜRICH

Druck von Zürcher & Furrer

1885

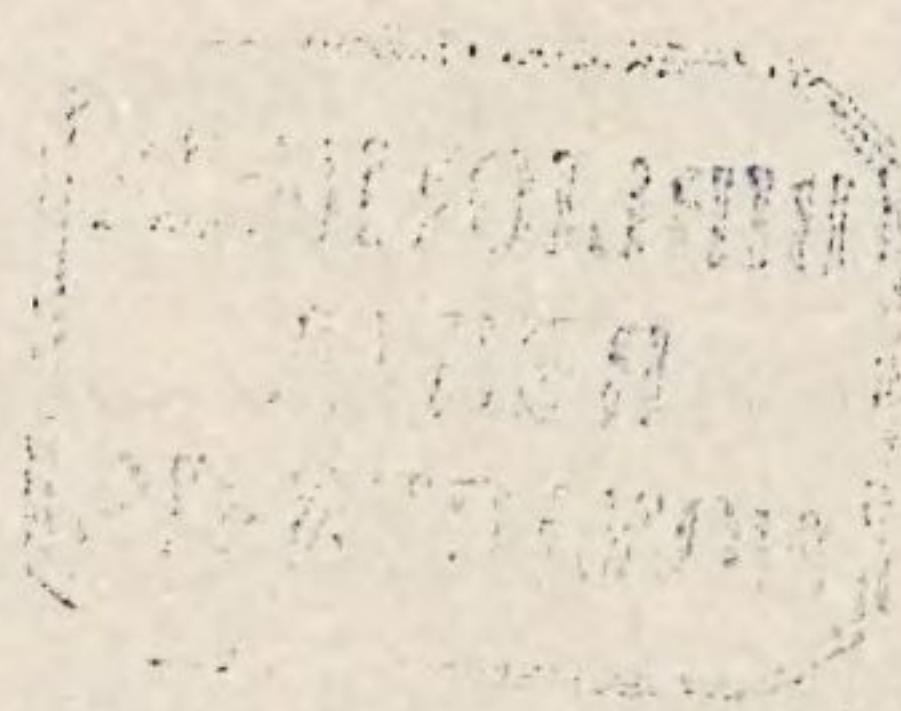


Seinem lieben Vater

Herrn Dr. iur. **A. von Waldkirch**

in Dankbarkeit und Liebe

zu Eigen.



§ 1.

Einleitung.

Unter den mancherlei Neuerungen, die das Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881, in Kraft seit 1. Januar 1883, theils der ganzen Schweiz, theils einzelnen Rechtsgebieten derselben gebracht hat, ist als eine der weittragendsten die Normirung „dinglicher Rechte an beweglichen Sachen“ zu betrachten,¹⁾ und im Interesse des Verkehrs als entschiedener Fortschritt zu begrüßen. Die eidgenössische Gesetzgebung hat sich hiebei angelehnt einmal an schon vorhandenes kantonales Recht, dann aber auch an die grossen ausländischen Codificationen des bürgerlichen und Handels-Rechts, insbesondere den code civil und das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. Der frühere Rechtszustand in den Kantonen war ein äusserst bunter; neben dem Eigenthumserwerb durch blossen formlosen Vertrag in der französischen Schweiz finden wir den in der Form der Besitzübergabe sich vollziehenden in den deutschen Kantonen; die Vindication von Mobilien ist bald durchwegs gestattet, bald nur gegen Bezahlung des Preises gegenüber dem gutgläubigen Besitzer, bald ganz ausgeschlossen; hievon gelten aber wieder die verschiedensten Ausnahmen, wenn die Sachen

¹⁾ Ich adoptire der Kürze halber den vom Ges. selbst gebrauchten Ausdruck, obwohl derselbe viel weiter geht, als der Inhalt, den das O. R. ihm gegeben. Auch will ich schon hier bemerken, dass wo ich von Erwerb des Eigenthums kurzweg spreche, immer nur der Erwerb (die Bezeichnung „Uebergang“, wie das Ges. sie braucht, ist ungenau im Hinblick auf die Bestimmungen des Art. 205) des Eigenthums durch Tradition gemeint ist.

gestohlen und verloren oder nur gestohlen sind, oder die Vindication wird nur eingeschränkt beim gutgläubigen Erwerb von sog. anvertrautem Gut u. s. w. Ein Pfand kann an Mobilien bald nur als Faustpfand, bald auch als Hypothek bestellt werden, es finden sich sogar beide Systeme neben einander im gleichen Kanton, nicht zum Vortheil des Verkehrs. Die Pfandklage selbst ist wiederum theils eingeschränkt, theils überhaupt nicht zulässig. Das Retentionsrecht kam, wo es überhaupt in den kantonalen Gesetzgebungen sich schon vorfand, ebenfalls in mannigfachen Abstufungen vor, die Voraussetzungen seiner Entstehung und Geltendmachung waren nicht überall dieselben. Das O. R. hat nun diese Materien, soweit sie in Betracht kommen für den Verkehr, einheitlich und zum grössten Theil erschöpfend behandelt; dass der kantonalen Gesetzgebung die Regelung einzelner Fragen überlassen bleiben musste, wie z. B. die Normirung der Realisirung des Faustpfandes,²⁾ war nicht zu vermeiden, da dieselben zum andern Theil wieder in Rechtsgebiete hineinragen, die bis jetzt noch allein der kantonalen Legislation unterstellt sind.

Die vorliegende Abhandlung hat es sich zum Ziel gesetzt, die Bestimmungen des O. R. über den „Uebergang des Eigenthums an Mobilien“ systematisch darzustellen, also nur einen Theil des Titel VI des Gesetzbuches, der überhaupt von „dinglichen Rechten an beweglichen Sachen“ handelt, aber den wichtigsten Theil.

Es sind zwei grosse Principien, die das O. R. betreffs des Ueberganges des Eigenthums an Mobilien aufgestellt hat, nämlich: der Eigenthumsübergang kann sich nur durch Tradition vollziehen, d. i. durch den dinglichen Vertrag in der Form der Besitzübergabe, und: der gutgläubige Erwerber erwirbt Eigenthum auch vom Nichteigenthümer; beide Principien unterstehen dem höheren Gesichtspunkt des Schutzes des gutgläubigen Verkehrs. Zu Gunsten

²⁾ Art. 223, 228, l. 1.

des letzteren wird die römischrechtliche Successionstheorie³⁾ durchbrochen, ebenfalls zu seinen Gunsten wird die Publicität des Mobiliarverkehrs verlangt. In dieser Tendenz bildet das O. R. das jüngste Glied in der Kette der modernen Codificationen, in ihm ist m. E. das Streben nach Schutz des gutgläubigen Verkehrs zu einem befriedigenden Abschluss gekommen. Es hebt sich in dieser Beziehung vortheilhaft ab vom code civil, dessen Bestimmungen über Eigenthumsübergang durch formlosen Vertrag und über den Schutz des redlichen Erwerbs (*en fait de meubles la possession vaut titre*) nicht mit einander harmoniren, und anderseits vom deutschen Handelsgesetzbuch, das nur ein Spezialrecht der Kaufleute giebt, im übrigen aber den Landesgesetzgebungen es anheimstellt, ob sie die handelsrechtlichen Grundsätze zu allgemein bürgerlichen machen wollen oder nicht.

Von den beiden soeben genannten Principien ist das eine (dinglicher Vertrag in Form der Besitzübergabe) dem römischen Rechte entnommen, das andere (Erwerb des Eigenthums in gutem Glauben vom Nichteigenthümer) seinem Ursprunge nach auf altgermanische Grundlage zurückführen. Was das erstere anbetrifft, so ist die Tradition von Justinian herab bis heute fast in allen Rechten die alleinige Art der Eigenthumsübertragung unter Lebenden gewesen; im römischen Recht war sie es gleichmässig sowohl für Mobilien wie Immobilien; heutzutage ist sie es nur noch für Mobilien, da fast allgemein für die Eigenthumsübertragung an Immobilien andere Grundsätze gelten. Einzig das

³⁾ Der Satz „*nemo plus iuris etc.*“ l. 54 D. de R. J. 50. 17. ist an und für sich ein logischer, unumstösslicher. Vgl. die Inauguraldissertation von Gaston Carlin, Bern 1881, auch im Verlag von Emil Roth in Giessen erschienen: „*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet,*“ die sich mit dem Nachweis der ausnahmslosen Richtigkeit dieses Satzes beschäftigt, S. 4, not. 11.

Positiv römischrechtlich ist aber der Satz, dass in der Tradition eine blosse Succession liege, dass der Empfänger der Sache nur das Recht des auctors erlange. Näheres hierüber unten in § 6 III und Carlin a. a. O. passim bes. S. 115, 120 ff. 127.

englische und das französische Recht und die diesen nachgebildeten Gesetzgebungen lassen das Eigenthum an Mobilien übergehen durch blossen formlosen Vertrag. Wo nun die Tradition sich erhalten hat, ist ihre Natur dieselbe geblieben wie im römischen Recht.⁴⁾

Anders verhält es sich mit dem gutgläubigen Erwerb des Eigenthums vom Nichteigenthümer. In dieser Fassung ist das Princip ein modernes. Indessen ist es nur positive Wirkung der Vindicationsbeschränkung oder Ausschliessung. Diese findet sich bei Mobilien bekanntlich schon im ältesten germanischen Rechte und hat im Laufe der geschichtlichen Entwicklung die mannigfaltigsten Phasen durchgemacht.⁵⁾ Richtiger ausgedrückt, kennt das ältere germanische Recht weder Vindicationsbeschränkung noch Vindicationsausschliessung, da es überhaupt die Vindication als logische Consequenz aus dem Eigenthumsbegriff nicht kennt. Vielmehr stützt sich die Klage, die das germanische Recht gegen dritte zulässt, lediglich darauf, dass dem Kläger, d. i. dem früheren Besitzer die eingeklagte Sache wider oder ohne seinen Willen abhanden gekommen sei, so dass einerseits die Klage auch vom Nichteigenthümer, aber früheren Besitzer angestellt werden kann, und anderseits der wirkliche Eigenthümer gegen dritte keine Klage hat, wenn er die Sache freiwillig aus seiner Gewahrsam gegeben hat. Im letzteren Falle steht dem Eigenthümer nur eine Klage gegen denjenigen zu, dem er die Sache

⁴⁾ Dass das O. R. die sog. symbolische Tradition nicht recipirt hat, ist nur consequent; diese letztere ist in Wahrheit keine Besitzübergabe, ihre Aufnahme in verschiedene Gesetzbücher, wie österr. allg. bürgerl. Gb. u. A. L. R. verdankt sie einer zur Zeit der Abfassung dieser Codificationen herrschenden auf Abwege gerathenen Theorie. Vgl. besonders Exner, Rechtserwerb durch Tradition, S. 152—252. Gegen Exner: Dernburg, preuss. P. R. 3. Aufl. I. § 152, not 1.

⁵⁾ Man vgl. hierüber vorzüglich Goldschmidt in Ztschrft. f. H. R. VIII. S. 246—299. Exner, Rechtserwerb durch Tradition, S. 58—72. Laband, vermögensrechtliche Klagen, S. 50 ff. Carlin, a. a. O. S. 42 bis 54. Stobbe, Hdbch. 2. Aufl. II. § 146 u. 147.

„anvertraut“ hat. (Ssp. II. 60. § 1. die Sprichwörter: „Hand wahre Hand“. „Wo man seinen Glauben gelassen hat, da muss man ihn wieder suchen“ u. a. m.) Erst vom Standpunkt des später eingedrungenen römischen Rechts, das die Eigenthumsklage als begriffliche Consequenz des Eigenthums mitbrachte, musste das deutschrechtliche Princip sich als eine Beschränkung oder Ausschliessung der begrifflich unbeschränkten rei vindicatio darstellen. Das römische Recht hat dann auch das ihm feindliche germanische Princip an manchen Orten überwuchert, an vielen Orten sich mit ihm zu Mittelbildungen, die in mannigfachen Abstufungen sich vorfinden, verschmolzen; diesen Erfolg hatte übrigens das römische Recht einzig einem formalen Vorzuge zu verdanken, nämlich seiner technischen Vollkommenheit. In der Materie selbst stellte es sich alsbald heraus, dass die römischrechtliche Vindication speziell die Interessen des Handels, der eine schnelle und sichere Circulation der beweglichen Güter wollte, schädigte. War bisher das germanische Princip ohne bewusste Tendenz dem Verkehr zu Gute gekommen, so suchte man nun dem römischen Rechte gegenüber das Fortbestehen deutschrechtlicher Bestimmungen durch Hinweis auf die daraus resultirende Verkehrsbegünstigung zu rechtfertigen.⁶⁾ Schützen wollte man aber nur den redlichen Verkehr, es werden daher die sich jetzt als Ausnahmen von der Regel darstellenden germanischen Rechtssätze nur auf den gutgläubigen Verkehr angewandt, nur wer in gutem Glauben beim Erwerbe sich befand, sollte nachher nicht mehr vom Eigenthümer belästigt werden können. So führte fast überall da, wo die Vindication, sei es

⁶⁾ Da eine nähere geschichtliche Ausführung in den Rahmen meiner Aufgabe, die rein dogmatische Ziele verfolgt, nicht hineinpasst, so habe ich mich in dieser kurzen Einleitung auf das allernothwendigste beschränkt, und übergehe daher auch die vielen Modificationen, die wesentlich der Tendenz der Verkehrsbegünstigung entspringen und in dieser Hinsicht zu Gunsten von einzelnen Personenklassen und Waarenklassen in der Beschränkung der Vindication noch weiter gehen als das ursprüngliche germanische Recht.

nun aller beweglichen Sachen, oder nur der gestohlenen und verlorenen, zulässig war, der gutgläubige Erwerb der vindicablen Sache zur Lösungspflicht des vindicirenden Eigenthümers. Anderseits schloss in vielen Rechten der gutgläubige Erwerb einer sog. anvertrauten Sache, d. i. einer Sache, die der Eigenthümer mit Willen aus seiner Gewahrsam gegeben, die Vindication geradezu aus.⁷⁾

Das Erforderniss des Erwerbs in gutem Glauben ist es nun, was im modernen Recht die Grundlage für ein vom römischen Rechte abweichendes Princip des Eigenthumserwerbs an Mobilien abgegeben hat; es brach sich aber in den Gesetzgebungen nur langsam Bahn. Voll und klar ist dasselbe erst im deutschen Handelsgesetzbuch und im schweizerischen O. R. zum Ausdruck gelangt, und so paradox sie auch klingen mag, so dürfte vielleicht doch die Behauptung richtig sein, dass das äusserliche Festhalten am germanischen Rechte aus Furcht vor der unerbittlichen Logik des römischen Rechts den Fortgang des gutgläubigen Besitzschutzes eher verzögert hat, als befördert; denn das germanische Recht bot für das Bedürfniss dieses Schutzes wohl eine schon vorhandene Grundlage, aber nicht die richtige. Anstatt die Bedingungen des Eigenthumserwerbs zu verändern im Sinne einer Erleichterung (an Stelle des nothwendigen Eigenthums in der Person des Tradenten tritt das Erforderniss des guten Glaubens in der Person des Erwerbers) schränkte man die Wirkung des Eigenthums ein in qualitativer (Lösungspflicht des Eigenthümers) und in quantitativer Hinsicht. (Ausschluss der Vindication.) Die Römer hätten anders gehandelt; aus dem Ausschluss der Vindication muss consequenterweise andererseits der Erwerb des Eigenthums herausspringen.

⁷⁾ Für das in den schweizerischen Kantonen früher geltende Recht, vgl. Rüttimann in Ztschr. f. schweiz. R. Bd. 8. S. 59—61. Fick, Krit. Uebersicht der schweiz. Handels- u. Wechselgesetzgebung, Erlangen 1862. S. 43 ff. S. 60 ff. Munzinger, Motive z. Entwurf eines schweiz. Handelsrechts. S. 219 ff. Carlin, a. a. O. S. 65/69.

Die Stellung, die nun das O. R. betr. den Eigenthumserwerb an Mobilien dem kantonalen Rechte gegenüber einnimmt, ist gekennzeichnet durch Art. 199:

„Soll in Folge eines Vertrages Eigenthum an beweglichen Sachen übertragen werden, so ist Besitzübergabe erforderlich.“

Dem zufolge regelt also das O. R. unter den verschiedenen Eigenthumserwerbsarten nur den Eigenthumserwerb auf Grund eines Veräusserungsgeschäftes, d. i. der derivative Erwerb der kantonalen Gesetzbücher. An die Stelle der letzteren ist nun der Abschnitt des O. R. betr. den „Uebergang des Eigenthums an Mobilien“, Art. 199—209 getreten. Die übrigen Erwerbsarten des Eigenthums an Mobilien, wie Occupation, Specification, Commixtio u. a. m., ebenso Usucapio bleiben der Legislation der Kantone formell überlassen, materiell werden indess dennoch manche ihrer hier einschlägigen Bestimmungen seit Inkrafttreten des O. R. hinfällig,⁸⁾ indem das letztere Bestimmungen enthält, die über den derivativen Eigenthumserwerb hinausreichen und kraft der derogatorischen Klausel in Art. 881 alle dem O. R. entgegenstehenden Vorschriften sowohl eidgenössischer als auch kantonalen Gesetze und Verordnungen seit 1. Januar 1883 aufgehoben worden sind, soweit nicht das O. R. ausdrücklich etwas anderes bestimmt hat. Dabei muss im Hinblick auf eine einheitliche Auslegung und Anwendung des O. R. daran festgehalten werden, dass unter „entgegenstehenden Vorschriften“ nicht nur verstanden werden alle den ausdrücklichen Bestimmungen des O. R. entgegenstehenden Vorschriften des eidgenössischen und kantonalen Rechts, sondern auch alle diejenigen, die dem Sinn und Geist des O. R. zuwider sind; handelt es sich also um die Frage, inwieweit Vorschriften des kantonalen Rechts über die hier einschlägige Materie, sofern das O. R. darüber keine ausdrücklichen Bestimmungen enthält, noch zur Anwendung

⁸⁾ Insbesondere dürften die meisten kantonalen Bestimmungen über Ersitzung von Mobilien aufgehoben sein.

kommen können, so muss bei der Beurtheilung derselben vom O. R. ausgegangen und auf dem Wege der Interpretation untersucht werden, ob die fraglichen kantonalen Bestimmungen im Sinne des O. R. liegen; ist dies der Fall, so werden dieselben nicht als noch in Geltung gebliebene kantonale Bestimmungen, sondern als Bundesrecht angewendet.⁹⁾ Bei der ziemlich knappen Fassung, die der Abschnitt des O. R. über unsere Materie erhalten hat, ist dem Richter eine schwierige Aufgabe zugefallen, und es wird auch geraume Zeit dauern, bis wir im Besitze einer gleichmässigen einheitlichen Rechtsanwendung sein werden. Die Mehrzahl der Kantone hat bei Einführung des O. R. Dekrete und Vollziehungsverordnungen dasselbe betreffend erlassen, welche zum Theil auch ein Verzeichniss der ausser Kraft getretenen kantonalen Bestimmungen enthalten. Dieselben haben aber für den Richter nicht unter allen Umständen bindende Kraft, im Gegentheil bleibt es der Beurtheilung des Richters anheimgestellt, ob er deren Inhalt als mit dem O. R. conform ansehen will, oder nicht. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass in einigen Kantonen auf dem Wege des Gesetzes eine Entscheidung über das in Kraft gebliebene kantonale Recht getroffen worden ist; denn soweit dies Gesetz Bestimmungen enthält, die nicht im Geiste des O. R. liegen, sind sie eben gemäss Art. 881 hinfällig.¹⁰⁾

⁹⁾ Es handelt sich um die Frage, wieweit das kantonale Recht, das im Allgemeinen detaillirter ist als das O. R., zur Interpretation des letzteren herangezogen werden dürfe; es kann daher unter Umständen auch früheres ausserkantonaies Recht von den kantonalen Gerichten als jetziges Bundesrecht angewandt werden.

¹⁰⁾ Vgl. Hafner, Anmerkungen zum O. R. Zürich 1883. Einleitung S. XXI ff.

§ 2.

Gegenstand der Tradition.

Der Tit. 6 des O. R. enthält die bundesrechtliche Normierung der „dinglichen Rechte an beweglichen Sachen“, spez. in seinem 1. Abschnitte, Art. 199—209, des „Uebergangs des Eigenthums an Mobilien“.

Demgemäss werden von den Bestimmungen des O. R. nur die Mobilien betroffen; die Immobilien sind ausgeschlossen und die Behandlung dinglicher Rechte an denselben bleibt der kantonalen Gesetzgebung überlassen.

Wie weit nun aber der Begriff „bewegliche Sache“ oder „Mobilien“ reiche, darüber hat das O. R. keine Bestimmungen getroffen.¹⁾ Selbst in seiner Terminologie ist es nicht immer gleichmässig. Man vergl. Art. 199 „Eigenthum an beweglichen Sachen“. Art. 210 „Pfandrecht an beweglichen Sachen oder an Inhaberpapieren“. Ebenso Art. 213. Nach Art. 224 hat der Gläubiger „ein Retentionsrecht an den beweglichen Sachen und Werthpapieren“.²⁾ Auch die sämtlichen Entwürfe sprechen von beweglichen Sachen, ohne den

¹⁾ Gerügt von E. Vogt, „zur Einbürgerung des schweiz. O. R. . . .“ Heft II, 1880. S. 29.

²⁾ Inhaberpapiere können hier sowohl unter den »beweglichen Sachen« wie unter den „Werthpapieren“ begriffen sein. E⁴ Art. 240 spricht hier nur von „beweglichen Sachen“ ebenso die früheren Entwürfe. E³ Art. 224. E² Art. 224. E¹ Art. 234. Ich adoptire die von Schneider in seinem Commentar zum schweizerischen Obligationenrecht, 2. Aufl., S. 24 beliebten Abkürzungen. Den Commentar von Schneider citire ich nur als Comment.

Begriff genauer abzugrenzen. Vgl. E¹, Art. 212, E² und E³ Art. 202, E⁴ Art. 217. Die Frage nach der Bestimmung des Begriffs „bewegliche Sachen“ wird namentlich practisch, wenn es sich darum handelt, festzustellen, inwieweit Forderungsrechte im Verkehr den Mobilien gleichgestellt werden und inwieweit wiederum körperliche bewegliche Sachen den Rechtsgrundsätzen über Immobilien unterliegen.

1. Was die vom Verkehr den körperlichen beweglichen Sachen gleichgestellten R. anbelangt, so kommen der Natur der Sache nach nur in Betracht diejenigen R., deren Uebertragung (und Ausübung) an den Besitz einer beweglichen Sache, nämlich an den Besitz einer Urkunde geknüpft ist, d. i. die Werthpapiere im technischen Sinne. Die Werthpapiere sind bekanntlich entweder Recta-, Ordre- oder Inhaberpapiere.

a) bezüglich der Rectapapiere gilt, dass ausser der Uebergabe der Urkunde die Forderung auch noch cedirt werde, damit die Forderung auf den neuen Erwerber übergehe. Es genügt also weder blosse Cession, da die Geltendmachung des verbrieften Rechts vom Besitz der Urkunde abhängig ist, noch blosse Uebergabe der Urkunde, da der neue Erwerber dem Schuldner gegenüber nicht schon durch den blossen Besitz der Urkunde legitimirt ist, sondern erst durch den Besitz auf Grund stattgehabter Cession. Somit fallen Rectapapiere nicht unter die „beweglichen Sachen“ im Sinne des Tit. 6 I. des O. R.³⁾

b) Die Ordrepapiere kommen hier ebenfalls nicht in Betracht, da ihre Uebertragung vom O. R. anderweitig geregelt ist, speciell für den Wechsel in Art. 727 ff., für den Ordrechek in Art. 832 und 836, für „wechselähnliche und andere Ordrepapiere“ in Art. 838 ff. 843 ff.

³⁾ Das O. R. erwähnt von den Rectapapieren den Rectawechsel Art. 727, 2 (das Indossement gilt hier als Cession) und den Rectachek Art. 832.

c) Somit verbleiben noch die Inhaberpapiere. Das O. R. erwähnt ihrer an verschiedenen Orten, so im Tit. 32 bezüglich der obligatorischen Inhaberpapiere und des Amortisationsverfahrens, im Art. 832 bez. des Inhabercheks, in Art. 614, 636, 676, bez. der Inhaberactien, und endlich im Art. 208 bez. Ausschluss der Vindication, und im Art. 197 verweist es betr. die Uebertragung von Inhaberpapieren auf die besonderen Vorschriften des Gesetzes. Dieselben sind aber nur in den Bestimmungen über den Uebergang des Eigenthums an beweglichen Sachen überhaupt zu finden⁴⁾; es entspricht auch der juristischen Natur der Inhaberpapiere, dass sie im Verhältniss von Rechtsveräusserer zu Rechtserwerber gerade wie bewegliche Sachen behandelt werden.

2. Schwieriger wird die Abgrenzung der Mobilien gegenüber den Immobilien. Es stellen nämlich die kantonalen Gesetzgebungen Bestimmungen auf, nach welchen unter gewissen Voraussetzungen an und für sich bewegliche Sachen gleich den unbeweglichen Sachen rechtlich behandelt werden sollen. Unter diese Categorie fallen einmal die Pertinenzen und Zubehörden zu unbeweglichen Sachen des römischen R.⁵⁾, dann aber auch vom römischen R. ausdrücklich von der Pertinenzqualität ausgenommene Sachen; am weitesten geht hierin das frz. R.⁶⁾ (C. N. Art. 517, 524 ff.), das auch in der französischen Schweiz gilt. So ist der Rechtszustand in den verschiedenen Kantonen ein verschiedener. Bleiben diese kantonalen Bestimmungen in Kraft, d. h. soll die Frage, wie weit der Umfang der Mobilien im Gegensatze zu den Immobilien reiche, nach kantonalem Recht beurtheilt werden, oder werden dadurch, dass das O. R. schlechthin die beweglichen

⁴⁾ So auch Com. Art. 637. Note 6. i. f. und Hafner. Art. 197. Note 2.

⁵⁾ Vgl. Windscheid Pand. I. § 143. Note 6.

⁶⁾ Les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination ou par l'objet auquel ils s'appliquent. Vgl. Zachariae-Anschütz. § 170. S. 401 ff.

Sachen den Vorschriften des Tit. 6 unterwirft, auch die nach kantonalem Rechte immobilisirbaren Mobilien von denselben ergriffen? Für die Verpfändung solcher Mobilien hat nun das O. R. in Art. 211 bestimmt, dass für die Frage, was als Zubehörde einer Liegenschaft zu betrachten sei, das kantonale Recht massgebend bleibe⁷⁾ und dass ebenso die „Vorschriften der kantonalen Gesetze⁸⁾, vermöge deren bewegliche Sachen als Zubehörde eines Immobiliarpfandes nach den für dieses Recht geltenden Formen mitverpfändet werden können, in Kraft bleiben“⁹⁾. Dieser Artikel enthält, obwohl es so scheinen möchte, keine Ausnahme von der allgemeinen Regel des Art. 210¹⁰⁾. Vielmehr enthält er im Princip nur den Satz, dass das O. R. darauf verzichtet, zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen eine bewegliche Sache als Zubehörde einer unbeweglichen behandelt und demgemäss den Normen über Verpfändung von Immobilien unterworfen sein solle; es bleibt dies der kantonalen Gesetzgebung überlassen. Es liegt somit auch kein Grund vor, anzunehmen, dass das Fehlen einer analogen Bestimmung in dem Abschnitt betr. Eigenthumsübertragung an Mobilien auf einer absichtlichen Omission des Gesetzgebers beruhe; demnach bleibt die Bestimmung der Grenzscheide zwischen Mobilien und Immobilien auch in Bezug auf die Eigenthumsübertragung dem kantonalen Recht überlassen.

⁷⁾ Art. 211. l. 3. Vgl. Com. Art. 211. Note 6.

⁸⁾ Vgl. Com. Art. 211. Noten 2, 4.

⁹⁾ Art. 211. l. 1.

¹⁰⁾ Anders verhält es sich mit der Bestimmung des l. 3 Art. 210, die eine wirkliche Ausnahme von der Regel enthält, dass an beweglichen Sachen ein Pfand nur durch Uebergabe der Sache an den Pfandgläubiger bestellt werden könne.

Erfordernisse der Tradition.

§ 3.

Allgemeines.

Im Gegensatz zum französischen, englischen und italienischen Recht, wonach schon durch den blossen Veräusserungsvertrag über eine individuell bestimmte Sache das Eigenthum an derselben auf den Erwerber übergeht, hat sich das O. R. eng an das römisch-rechtliche System des Eigenthumsübergangs angeschlossen, nach welchem nicht schon der obligatorische Vertrag, sondern erst der in der Form der Tradition vollzogene dingliche Vertrag den Eigenthumsübergang bewirkt.

1. 20 Cod. 2, 3 Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.

Es bestimmt demnach in Art. 199: „Soll in Folge eines Vertrages Eigenthum an beweglichen Sachen übertragen werden, so ist Besitzübergabe erforderlich“, und in den Art. 200—203 werden dann die verschiedenen Fälle der Besitzübergabe angeführt. Das O. R. betont somit hauptsächlich das Erforderniss der Besitzübergabe, und diess wohl im Hinblick auf den Umstand, dass bis zum Inkrafttreten des Bundesgesetzes in den Kantonen französischen Rechts das Eigenthum schon mit Abschluss des Veräusserungsvertrages auf den Erwerber übergieng, die nachherige Besitzübergabe daher nur eine Folge der jedem Dritten obliegenden Pflicht war, dem Eigenthümer seine Sache nicht widerrechtlich vorzuenthalten.

Damit aber durch die Tradition wirklich Eigenthum auf den Erwerber übergehe, verlangt das römische Recht ausser der Besitzübergabe und dem Erforderniss des Eigenthums des Veräusserers (über beide Requisite weiter unten) noch einige andere Voraussetzungen, die zwar im O. R. nicht ausdrücklich hervorgehoben werden, hier aber dennoch einer kurzen Erörterung unterzogen werden sollen.

1. Die Tradition ist ein Rechtsgeschäft und zwar ein dinglicher Vertrag¹⁾. Von Seite desjenigen, der Eigenthum überträgt, ist sie Rechtsveräusserung, auf der andern Seite Rechtserwerb. Sie setzt daher:

a) beim Tradenten voraus volle Handlungsfähigkeit (Art. 29—31 O. R., Art. 1—5 des B. G. betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit vom 22. Juni 1881, in Kraft seit 1. Januar 1882). Zur Tradition unfähig sind also:

α) Volljährige, sofern ihnen nach Massgabe des Art. 5 cit. B. G. für die Tradition von Mobilien die Handlungsfähigkeit entzogen ist. (Art. 30. O. R.²⁾)

β) Minderjährige, d. i. unverheirathete Personen beiderlei Geschlechts, die das 20. Altersjahr noch nicht vollendet haben und denen nicht *venia aetatis* ertheilt ist. (Art. 1, 2, cit. B. G. Art. 30. O. R.)

Bei beiden Klassen von Personen wird die Unfähigkeit gehoben durch die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (Art. 30, I). Diese Einwilligung kann auch nachträglich erfolgen. (Art. 32.)

γ) Personen, „welche keinen bewussten Willen haben, oder des Vernunftgebrauchs beraubt sind, so lange dieser

¹⁾ Exner. Rechtserwerb durch Tradition S. 4 ff. Windscheid I. § 171. Goldschmidt. Handbuch d. H. I. R. I. 2 S. 802 ff. Endemann: in Endemanns-Handb. II. S. 49.

²⁾ Ueber die Wirkung einer allfällig von solchen Personen vorgenommenen Tradition gegenüber gutgläubigen Dritten vgl. Art. 6, cit. B. G.

Zustand dauert“. (Art. 4, cit. B. G. Art. 31. O. R.) Eine Präsumtion für das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines solchen Zustandes auf einer bestimmten Altersstufe³⁾ giebt es nicht; der Richter entscheidet nach seinem Ermessen⁴⁾).

b) Beim Accipienten wird vorausgesetzt, wenn nicht volle Handlungsfähigkeit, so doch Erwerbsfähigkeit. (Art. 30. 1. 2. O. R.) Zum Erwerb unfähig sind demnach nur die oben sub γ genannten Personen.

Anstatt solcher Personen tradirt und empfängt deren gesetzlicher Vertreter mit der Rechtswirkung, als ob dieselben das Rechtsgeschäft selbst vorgenommen hätten.

2. Da die Tradition ein Vertrag ist, so ist, abgesehen von der Form, zu ihrem Zustandekommen ferner Consens der beiden Parteien erforderlich:

Art. 1. „Zum Abschlusse eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien erforderlich. Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein“.

Das O. R. hat zwar hier, wie überall, wo es von Verträgen schlechthin spricht, nur den Vertrag mit obligatorischer Wirkung im Auge, allein das Erforderniss des Consenses trifft beim Vertrag als zweiseitigem Rechtsgeschäft überhaupt zu, habe ein Vertrag obligatorische, dingliche, familienrechtliche oder erbrechtliche Wirkung. Nur ist eben beim dinglichen Vertrag der Wille der Contrahenten ein anders gearteter; der Tradent hat den Willen, Eigenthum zu übertragen, der Accipient, Eigenthum zu erwerben⁵⁾. In der Regel wird dieser Consens nicht ausdrücklich erklärt, sondern sein Vorhandensein ergibt sich aus den die Tradition begleitenden Umständen, insbesondere aus einem der

³⁾ wie z. B. die Annahme der *infantia* bis zum vollendeten 7. Jahre nach gemeinem R.

⁴⁾ Vgl. Com. zu Art. 4 cit. B. G. S. 40.

⁵⁾ Exner S. 53. Windscheid I. S. 538. Note 1.

Tradition vorausgegangenen oder durch sie begründeten obligatorischen Rechtsgeschäfte, das auf Eigenthumsübertragung abzielt.

Fehlt es am nöthigen Consens, so ist der dingliche Vertrag nicht zu Stande gekommen, und trotz der Besitzübergabe ist das Eigenthum auf den Erwerber nicht übergegangen.

Der Consens mangelt einmal bei Vorhandensein einer Discrepanz in den beidseitigen Erklärungen, sei es auch, dass die Parteien sich dessen nicht bewusst sind und jede glaubt, die Erklärung der Gegenpartei stimme mit der ihrigen überein, sog. Missverständniss. Es ist klar, dass hier kein Vertrag zu Stande gekommen ist⁶⁾. Doch kann unter Umständen, soweit die gegenseitigen Erklärungen sich decken, Rechtswirksamkeit des Vertrags angenommen werden, z. B. bei einem Dissensus in quantitate. Es bedarf hier aber der einzelne Fall der sorgfältigsten richterlichen Prüfung bez. der Frage, ob in dem Mehreren eventuell das Mindere gewollt sei oder nicht; es liegt z. B. dem Verkäufer daran, einen Stock Waaren nur als solchen und nicht parthieenweise zu verkaufen und zu tradiren.

Wenn auch die beidseitigen Erklärungen wirklich übereinstimmen, so ist doch möglich, dass bei dem einen oder dem andern der Paciscenten die abgegebene Erklärung dem wirklichen Willen nicht entspricht; ist diese Divergenz eine dem betreffenden bewusste, so spricht man von Mentalreservation, ist sie unbewusst, so liegt ein Fall des sogenannten unächten Irrthums vor.⁷⁾ Dass sie dem Erklärenden unbewusst war, kann sowohl ohne Schuld des Irrenden, als auch in Folge seiner Nachlässigkeit geschehen sein. Für die Frage, welche rechtliche Wirkung eine solche Erklärung auf das Zustandekommen des Vertrags habe, ist aber irrelevant, ob die divergirende Erklärung aus einem schuldlosen

⁶⁾ Vgl. Exner S. 262 ff. Windscheid I. § 77. Regelsberger in Endemann's Handb. II. § 240 IV.

⁷⁾ Vgl. Windscheid a. a. O. § 75. Regelsberger a. a. O. § 240 II. A u. B u. § 241 II. A u. D.

oder nachlässigen Verhalten des Erklärenden resultire.⁸⁾ Dagegen muss die Divergenz zwischen Wille und Erklärung eine solche sein, dass zwischen den beidseitigen Willen in den Hauptpunkten keine Uebereinstimmung herrscht, der Irrthum muss ein wesentlicher sein; es ist dann in Wirklichkeit etwas erklärt, was gar nicht gewollt ist, und etwas gewollt, was nicht erklärt ist;⁹⁾ ein unwesentlicher Irrthum kommt nicht in Betracht.¹⁰⁾ Ob nun wesentlicher Irrthum im einzelnen Falle vorliege, ist quæstio facti. Es sagt hierüber Regelsberger:¹¹⁾ „Für das Urtheil, ob ein Punkt des Geschäfts zu den wesentlichen zähle, ist weder die allgemeine Beziehung desselben (auf Person, Gegenstand, Eigenschaft u. s. w.) noch die subjective Auffassung des Handelnden massgebend, daher auch die übliche Unterscheidung von error in persona, corpore, substantia u. s. w. wenig förderlich. Um zu einem richtigen Ergebniss zu gelangen, muss das individuelle Geschäft in seiner Gesamterscheinung ins Auge gefasst und geprüft werden, ob nach der Bedeutung, welche bei solcher Sachlage dem fehlerhaften Punkt im Verkehr beigelegt zu werden pflegt, anzunehmen ist, das Geschäft sei nicht gewollt. In dieser Beziehung kommt in Betracht, dass der Wille der handelnden Person selbst in Beziehung auf sog. Hauptbestandtheile des Geschäfts nicht immer gleich bestimmt und individualisirt ist. Beim Baarkauf ist die Individualität des Käufers dem Verkäufer regelmässig gleichgültig, beim Kreditverkauf nicht. Bei der Pfandbestellung fasst der Gläubiger nicht sowohl die Individualität der Sache als ihre Tauglichkeit zur Sicherstellung ins Auge.

⁸⁾ So Windscheid a. a. O. § 76. Not. 3 u. 3^a. Ebenso O. R. Art. 23. Dagegen Regelsberger a. a. O. S. 412. Not. 33, und für das gemeine R. auch Dernburg, preuss. P. R. 3. Aufl. I. § 109. Das preuss. R. hat den Satz des O. R.

⁹⁾ Vgl. Exner S. 266 ff. Windscheid a. a. O. S. 205. Dernburg a. a. O. § 108.

¹⁰⁾ O. R. Art. 21; dies gilt insbes. vom Irrthum im Motiv.

¹¹⁾ a. a. O. S. 405.

Bei dem Kauf von Alterthümern oder Kunstwerken sieht der Käufer weit weniger auf den Stoff als dies bei andern Sachen der Fall zu sein pflegt. Im Grosshandel kann eine Eigenschaft wesentlich (sog. Classificationsfactor) sein, welche für den Kleinverkehr diese Bedeutung nicht besitzt u. s. w.“

Das O. R. steht in Art. 19 auf demselben Standpunkte. Es zählt einige Fälle des wesentlichen Irrthums als besonders hervorstechende auf, ohne damit die Möglichkeiten erschöpfen zu wollen.¹²⁾ Der Richter wird immer im einzelnen Falle eingehend zu prüfen haben, ob der vorliegende Irrthum sich als ein wesentlicher darstelle.

Nach gemeinem Recht ist nun die Wirkung des wesentlichen Irrthums die Nichtigkeit des Vertrags und zwar die absolute Nichtigkeit; da es am nöthigen Consens fehlt ist consequenterweise kein Vertrag zu Stande gekommen.¹³⁾

Das O. R. stellt sich auf einen andern Boden, indem es hierin den modernen Codificationen folgt, die wie z. B. das allgem. preuss. Landrecht nur relative Nichtigkeit annehmen. Nur derjenige, der sich im wesentlichen Irrthum befunden hat, soll nicht gebunden sein, nicht aber auch der Gegenpart, der seine Erklärung seinem Willen conform abgegeben hat.¹⁴⁾ Bei der Tradition bleibt der Effect immer der, dass im Falle des wesentlichen Irrthums kein Eigenthum übergegangen ist; der Tradent kann sich aber nur darauf berufen, wenn er geirrt hat.

Die gleiche rechtliche Wirkung knüpft das O. R. an eine erzwungene oder durch Betrug hervorgerufene Erklärung eines der Paciscenten.¹⁵⁾ Zwar kann man in diesen beiden Fällen von

¹²⁾ Vgl. Comment. z. Art. 19 Not. 1 u. Not. 3 u. O. R. Art. 20. Es ist hier nicht der Ort, näher auf die einzelnen Möglichkeiten einzutreten; ich verweise diesbezüglich auf die detaillirte Darstellung bei Exner S. 270 bis 284. Dernburg a. a. O. S. 236—238.

¹³⁾ Exner S. 267. Not. 44^a. Windscheid a. a. O. § 76.

¹⁴⁾ Vgl. Dernburg a. a. O. S. 238. Comment. z. Art. 18 Not. 1.

¹⁵⁾ Art. 24 (25) 26, 27 u. Com. zu diesen Art.

einer Divergenz zwischen Wille und Erklärung nicht sprechen;¹⁶⁾ was erklärt ist, ist auch gewollt. Der rechtliche Mangel liegt vielmehr in der Qualität dieses Willens, als eines unfreien. Es liegt also auch Consens vor und demnach sollte consequenterweise das Rechtsgeschäft gültig sein. So auch das römische Recht,¹⁷⁾ aus dem Umstand, dass auf unsittliche Art der Wille des Gezwungenen oder Betrogenen bestimmt worden, giebt es aber demselben ein Anfechtungsrecht, das sowohl klage- wie einredeweise geltend gemacht werden kann.

Auch hier nimmt, wie schon bemerkt, das O. R. wiederum relative Nichtigkeit an.

In allen drei Fällen (Irrthum, Betrug, Zwang) ist, auch wenn schon Besitzübergabe erfolgt ist, das Eigenthum doch nicht übergegangen.¹⁸⁾ Es hängt aber allein vom Verhalten der Irrenden, Betrogenen oder Gezwungenen ab, ob das Eigenthum nicht doch übergehen solle.¹⁹⁾ Er kann nämlich genehmigen oder anfechten. Das Anfechtungsrecht erlischt aber, wenn er nicht binnen gesetzlich bestimmter Frist seinen Willen kund thut, den Vertrag als für ihn unwirksam zu betrachten. Es hängt also ganz von seinem Willen ab, ob das Geschäft gültig oder ungültig sein solle; m. E. geht man nicht fehl, wenn man das vorliegende Geschäft als ein suspensiv bedingtes ansieht, wobei der Eintritt oder die Defizienz der Bedingung ganz im Belieben,

¹⁶⁾ Es kommt desshalb für den Betrug nicht in Betracht, ob der betrügerisch erregte Irrthum ein wesentlicher oder unwesentlicher war. Art. 24.

¹⁷⁾ Exner S. 254, S. 260. Windscheid a. a. O. § 78, § 80. Dernburg a. a. O. § 110, § 112.

¹⁸⁾ Vgl. Dernburg a. a. O. S. 243.

¹⁹⁾ Art. 28. „Wenn der durch Irrthum, Betrug oder Furcht beeinflusste Theil binnen Jahresfrist weder dem andern eröffnet, dass er den Vertrag nicht halte, noch eine schon erfolgte Leistung zurückfordert, so gilt der Vertrag als genehmigt. Die Jahresfrist beginnt in den Fällen des Irrthums und Betrugs mit der Entdeckung, in den Fällen der Furcht mit der Beseitigung derselben.“

in der potestas des Irrenden, Betrogenen, Gezwungenen steht.²⁰⁾ Es hat somit der irrende etc. Tradent die Eigenthumsklage gegen den Empfänger, so lange er nicht genehmigt hat und die hiefür bestimmte gesetzliche Frist noch nicht verstrichen ist.

3. Das O. R. sagt in Art. 199: „Soll in Folge eines Vertrages Eigenthum übertragen werden etc.“

Es geht dabei von dem in der Regel vorkommenden Falle aus, dass der Tradition ein obligatorisches Rechtsgeschäft vorausgegangen ist, das auf Eigenthumsübertragung abzielte. Es kann aber auch erst durch die Tradition ein solches obligatorisches Rechtsgeschäft begründet werden wollen z. B. bei jeder datio ob causam.²¹⁾ Der Wille, Eigenthum zu geben und Eigenthum zu erwerben entspricht wohl einem bestimmten Motiv, einem animus solvendi, credendi, donandi etc., allein er ist in seiner Rechtswirksamkeit nicht bedingt durch die Qualität dieses Motives, sondern sofern er nur richtig erklärt ist, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, ist er rechtlich wirksam. Es hat daher auf die Giltigkeit der Tradition keinen Einfluss, ob das vorausgegangene obligatorische Rechtsgeschäft rechtsbeständig sei oder nicht, ob der Tradent wirklich zur Tradition verpflichtet sei oder ob er nur irrthümlich sich hiezu verpflichtet glaube, und ebenso ist es für den Eigenthumsübergang irrelevant, ob das Motiv des Tradenten mit dem Motiv des Accipienten übereinstimme oder nicht, sofern nur der beiderseitige Wille auf Eigenthumsübertragung resp. Erwerb gerichtet war.²²⁾ „Die Tradition ist insofern ein formales, oder richtiger abstractes, nämlich von ihrer causa unabhängiges Geschäft.“²³⁾

²⁰⁾ Abgesehen von der gesetzlich nach bestimmter Frist eintretenden Verwirkung des Anfechtungsrechts.

²¹⁾ Vgl. Exner S. 74 ff. u. S. 317 ff.

²²⁾ Vgl. Exner S. 76 ff. A. M. Randa, Eigenthumsrecht I, S. 274. Eisele in Ztschr. f. schwz. R. N. F. Bd. 3, S. 15, Not. 1.

²³⁾ Goldschmidt Hdb. I. 2 S. 809 Not. 24. Windscheid Pand. § 172, Not. 16^a.

Die Fassung des Art. 199 hat auch nicht den Sinn, dass ein vorausgegangener obligatorischer Vertrag in seiner Gültigkeit auch die Gültigkeit der Tradition bedingen solle;²⁴⁾ sie hat m. E. vielmehr nur den Zweck darauf hinzuweisen, dass es sich nur um Geschäfte unter Lebenden handle²⁵⁾ und dass die Eigenthumsübertragung an Mobilien durch Testament und Vermächtniss von den Normen des O. R. unberührt bleiben solle.

²⁴⁾ In Art. 208 hat das O. R. die Gültigkeit einer Tradition davon abhängig gemacht, dass die bestimmte Sache in gutem Glauben und gegen Entgelt erworben werde. Vgl. unten § 7 I. D.

²⁵⁾ V o g t „zur Einbürgerung des O. R. etc.“ Heft II, S. 28 will die Tradition von Mobilien auf Grund Schenkung den Normen des O. R. entrückt wissen. Warum?

§ 4.

Die Besitzübergabe.

Das Eigenthum wird nicht übertragen schon durch den blossen Consens der Parteien, d. h. durch formlosen Eigenthumsübertragungsvertrag, sondern erst durch Uebertragung des Besitzes an der zu veräussernden Sache, d. h. durch den in Form der Besitzübergabe sich vollziehenden Traditionsvertrag. Hierin liegt der grosse Unterschied, den das O. R. gegenüber dem früher in den Kantonen der Westschweiz geltenden französischen Rechte statuirt. Bekanntlich ist dieser römisch-rechtliche Satz erst in den Verhandlungen der gesetzgebenden Räthe adoptirt worden. Die Entwürfe von 1871, 1875 und 1877 hatten sich dem französischen Rechte angeschlossen und nur für den gutgläubigen Erwerb vom Nichteigenthümer Tradition der zu veräussernden Sache verlangt. (Vgl. E³ Art. 202 und 206.) Eine merkwürdige Einkleidung desselben Principes in ein römisch-rechtliches Gewand hatte der Entwurf von 1879 in Art. 217 und 218 versucht¹⁾. Principiell (vgl. Botschaft S. 57) sollte die Nothwendigkeit der Besitzübergabe festgehalten werden, der Begriff dieser letzteren wurde aber in dem Grade erweitert, dass im Resultat der Grundsatz des französischen Rechts zur Anwendung

¹⁾ Vgl. hierüber die scharfe Kritik von Vogt. Zur Einbürgerung des schwz. O. R. II. S. 29 ff. 98 ff. «Die betr. §§ sind dem Inhalte nach nicht neu, in der Form aber werden sie wohl für alle Zukunft der Schweiz allein angehören.» (S. 103.) Bedenken ferner im nationalrätthlichen Commissionalbericht Bbl. 1881, I. S. 170 ff. gegenüber dem System des Entwurfs.

gelangte²⁾). Das O. R. selbst hat endlich den römischen Satz wieder rein zur Geltung gebracht. (Art. 199.)

I. Was unter Besitzübergabe zu verstehen sei, hat das Gesetz in Art. 200 präcisirt; es heisst dort:

Die Uebergabe erfolgt:

- 1) durch Aushändigung der Sache an den Erwerber,
- 2) durch Uebertragung solcher Mittel an den Erwerber,
„welche ihm die ausschliessliche Verfügung über die Sache gewähren“.

Das O. R. hat davon abstrahirt, über das Wesen des Besitzes, über Erwerb und Verlust desselben überhaupt zu legisliren³⁾; es bezieht sich offenbar stillschweigend auf die schon von der Wissenschaft herausgebildeten Begriffe. Auch bei dem speciellen Falle der Besitzübergabe d. i. Besitzerwerb mit Willen des bisherigen Besitzers, erwähnt es das Willensmoment nicht ausdrücklich, obgleich bekanntlich zum Erwerb des Besitzes Erwerb des corpus sowohl wie Vorhandensein des animus nöthig ist. l. 3 § 1 D de aquir. vel amitt.-poss. 41, 2: Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore. Bei der Tradition ist nun der Wille zu besitzen schon in dem Willen Eigenthum zu erwerben enthalten, liegt also vor, sowie dieser, sei es stillschweigend, sei es ausdrücklich, erklärt worden ist⁴⁾).

Was nun das corpus anbetrifft, so erlangt es der Erwerber entweder durch Aushändigung der Sache an ihn (oder seinen

²⁾ E⁴ Art. 218. «Die Besitzübergabe ist geschehen, sobald die Sache ausgeschieden und als Eigenthum des Erwerbers genügend bezeichnet ist.

Sind die veräusserten Sachen bloss der Gattung nach bestimmt, so vollzieht sich die Ausscheidung mit der Zählung, Messung oder Wägung derselben.»

Die früheren Entwürfe, die ganz auf dem Boden des frz. R. standen, hatten im letzteren Fall doch wenigstens noch Zuzählen, Zumessen oder Zuwägen an den Erwerber oder dessen Stellvertreter. Vgl. E³ Art. 203.

³⁾ Betr. den Besitz an Immobilien wäre es auch nicht competent gewesen, denselben zu normiren.

⁴⁾ Exner: Tradition S. 86 ff.

Stellvertreter), oder durch Uebertragung solcher Mittel, welche ihm die ausschliessliche Verfügung über die Sache gewähren. Offenbar ist die Aushändigung nur ein specieller Fall der Gewährung der ausschliesslichen Verfügung; damit also das corpus erworben werde, verlangt das O. R. Erlangung der ausschliesslichen Verfügung über die Sache; es ist dies ein legislativer Versuch einer Definition des Wesens des corpus. Aeusserlich muss sich nun diese ausschliessliche Verfügung darstellen als ein gewisses physisches Machtverhältniss des Erwerbers zur Sache selbst; körperliche Berührung ist dabei nicht nothwendig⁵⁾. Dieser kommt gleich die ausschliessliche Möglichkeit der körperlichen Berührung, überhaupt der factischen Einwirkung auf die Sache und zwar in dem Sinne, dass dieselbe beliebig producirt werden kann. Die Ausschliesslichkeit ist aber nicht absolut aufzufassen (Ausschliessung jeder fremden körperlichen Einwirkung auf die Sache dürfte nur in den allerseltensten Fällen vorliegen), sondern ihr Wesen liegt darin, dass der Erwerber relativ näher ist, auf die Sache einzuwirken, als ein anderer, insbesondere ist erforderlich, dass der eigenen Einwirkung des Erwerbers nichts hindernd im Wege stehe, bei der Besitzübergabe also, dass der bisherige Besitzer diese Einwirkung des Erwerbers auf die Sache zulasse. Eine abstract bestimmte Formel, um das Vorhandensein des corpus auszudrücken, ist unmöglich aufzustellen⁶⁾; ich habe darum die Bezeichnung des Gesetzes „ausschliessliche Verfügung“ nur einen Versuch einer Definition genannt. Im einzelnen Falle hat daher immer der Richter die That-sachen, die für oder gegen Erwerb des corpus sprechen, genau zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen. So kann man

⁵⁾ l. 1. § 21. D 41, 2. Non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu.

⁶⁾ Vgl. hierüber Puchta Vorlesungen I. § 130. Exner: Tradition S. 90 Not. 9 u. 10. Windscheid Pand. I. § 153 Not. 7 u. 8. Zürich. G.-B. § 489. Bluntschli's Commentar ebendasselbst. Dernburg preuss. P. R. 3. Aufl. Bd. I. § 151 u. Not. 4 cod.

m. E. in dem so oft erwähnten Beispiele der Besitzübergabe durch Uebergabe der Schlüssel zum Magazin, in welchem diese Waaren aufbewahrt sind⁷⁾, nicht im Voraus sagen, dass der Besitz nur erworben werde durch Uebergabe der Schlüssel an den Erwerber in unmittelbarer Gegenwart des Raums; wenn die Schlüssel die wirklichen sind, wenn der frühere Besitzer die sämtlichen vorhandenen Schlüssel ausgeliefert und sich so der eigenen Einwirkung auf die verschlossenen Waaren begeben hat, wenn endlich der Erwerber die Lage und Beschaffenheit der betr. Localität kennt, so wüsste ich nicht, warum, wenn alle diese That-sachen vorliegen, der Besitz nicht erworben wäre; jedenfalls kann das Moment der ausschliesslichen Verfügung oder die Möglichkeit, beliebig auf die Sache einzuwirken auch hier vorliegen, obgleich die Schlüssel nicht in unmittelbarer Gegenwart des Raums überliefert wurden⁸⁾.

Die Erlangung der ausschliesslichen Verfügung über die Sache kann auf die verschiedenartigste Weise geschehen, sowohl was die Aushändigung an den Erwerber (z. B. Uebergabe von Hand zu Hand, Niederlegen im Hause des Erwerbers, Einwerfen des Briefes in den Briefkasten des Adressaten, Ablagern der Baumaterialien auf dem zu bebauenden Grundstücke des Erwerbers) als auch was die Uebertragung solcher Mittel, die ihm die ausschliessliche Verfügung über die Sache gewähren (z. B. Schlüsselübergabe⁹⁾), anlangt.

II. Die Besitzübergabe kann auch geschehen an einen Stellvertreter des Erwerbers, oder durch einen Stellvertreter des Tra-

⁷⁾ l. 74 D. de contr. emt. 18, 1; l. 1. § 21 i. f. D. de acquir. vel amitt. poss. 41, 2 l. 9 § 6 D. de acquir. rer. dom. 41, 1.

⁸⁾ Ueber diesen Fall ist bekanntlich in der Litteratur viel Streit. Vgl. Savigny, Besitz § 16. Exner: Tradition S. 100—102. Windscheid a. a. O. Not. 7 u. Goldschmidt Handb. § 67 Not. 2. Dernburg: preuss. P. R. 3. Aufl. Bd. I. § 152. Not. 6, welcher die Schlüsselübergabe zu den symbolischen Traditionen rechnet.

⁹⁾ Auch in der Signirung der Sache kann möglicherweise eine Besitz-

denten an den Erwerber oder dessen Stellvertreter. Allen diesen möglichen Combinationen sind die Regeln gemeinsam, die das Recht aufstellt für den Besitzerwerb durch Stellvertreter.

Es gilt hier insbesondere:

1. Das corpus, die ausschliessliche Verfügung über die Sache, muss vom Stellvertreter erworben werden.

2. Der Stellvertreter muss den Willen haben, für den Vertretenen Besitz zu erwerben, das corpus für den Vertretenen zu haben. Dieser Wille muss wie jeder andere, damit er rechtliche Bedeutung habe, in die Aussenwelt treten, erkennbar sein, sei es ausdrücklich durch Worte, oder stillschweigend durch Handlungen. Oft massgebend, aber nicht durchaus, ist für die Beurtheilung dieses Willens das Rechtsgeschäft, das entweder zwischen Tradent und Stellvertreter (dann liegt auch Stellvertretung in der Tradition vor) oder zwischen Tradent und Principal geschlossen worden, insbesondere die Erklärung des Tradenten, dass er die Sache an den Principal tradirt wissen wolle¹⁰⁾. Hat der Stellvertreter diesen Willen nicht, so erwirbt er jedenfalls den Besitz nicht für seinen Principal.

3. In der Person des Vertretenen muss der Wille vorhanden sein, durch den Stellvertreter Besitz zu erwerben¹¹⁾; dieser Wille

übergabe liegen. Vgl. Goldschmidt Handb. I. 2 § 68. Windscheid I. § 154. Not. 1. Thöl H. R. § 267 Not. 3. Durch die Signirung wird dann sowohl der animus wie das corpus beim Erwerber constatirt.

Es wird kaum nöthig sein, zu erwähnen, dass das O. R. eine sog. symbolische Tradition nicht kennt. Wo diese letztere vorkommt, wie z. B. im österr. R., ist sie nicht Eigenthumserwerb durch Besitzübergabe, sondern ohne Besitzübergabe. Vgl. Exner S. 152 ff. S. 173—177. Gegen Exner Dernburg § 152 u. Not. 1. eod. u. jetzt auch Randa, Eigenthumsrecht I. S. 280, Not. 2.

¹⁰⁾ Ueber die Frage, wer Besitz erwerbe, wenn entgegen dem ausgesprochenen Willen des Tradenten der Stellvertreter nicht für den Principal erwerben wolle, vgl. Windscheid I. § 155. Not. 7. Goldschmidt Handb. I. 2. § 66. Not. 8 u. 9. Dernburg § 154. Not. 2. dagegen Exner S. 136. Not. 39.

¹¹⁾ Paulus R. S. V. 2. § 1. possessionem aquirimus animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno.

muss erkennbar sein, sei es in einem allgemeinen dem Vertreter ertheilten Auftrage oder in einem speciellen; nicht nothwendig ist, dass der Vertretene überall von dem Besitzergreifungsacte wisse, sofern nur sein Wille vorliegt, durch den Stellvertreter an der betr. Sache Besitz zu erwerben¹²⁾.

Damit dem Vertretenen der Besitz wirklich erworben werde, müssen im Momente des Erwerbs des corpus durch den Stellvertreter alle die drei erwähnten Erfordernisse zusammen treffen. Ob dieses Zusammentreffen vorliege, ist quaestio facti, sie hat der Richter nach seinem Ermessen zu entscheiden. Daher ist es auch reine Thatfrage, ob, wenn eine veräusserte Sache versendet werden muss, in der Versendung Besitzübergabe liege oder nicht. Lediglich das meint der Art. 203 des O. R.¹³⁾, der an und für sich eine platte Wahrheit sagt; er ist erst in den gesetzgebenden Räthen in das Gesetz aufgenommen worden und sehr wahrscheinlich dem zürcherischen Rechte entnommen, das in § 649 dasselbe sagt. Die Bestimmung folgt consequenterweise aus den Grundsätzen des O. R. und des römischen Rechts über Besitzübergabe an und durch Stellvertreter¹⁴⁾. Indessen ist in Anbetracht dessen, dass gerade diese consequente Folgerung in Theorie und Praxis nicht immer gezogen wurde und dass ferner in mehrere moderne Gesetzgebungen vom gemeinen Recht abweichende Bestimmungen aufgenommen wurden¹⁵⁾, die Aufnahme des Art. 203 zu begrüßen, da derselbe ein für alle Mal die einzig consequente Anwendung der Grundsätze über Besitzerwerb durch Stellvertreter auf Versandtgut von Gesetzeswegen zieht¹⁶⁾.

¹²⁾ Vgl. Windscheid I. § 155 sub 1/b. Goldschmidt I, 2. S. 613.

¹³⁾ Art. 203. „Muss die veräusserte Sache versendet werden, so geht der Besitz auf den Erwerber über, sobald dieser die Sache durch einen Stellvertreter oder persönlich in Empfang nimmt.“

¹⁴⁾ Vgl. Urtheil der cour d'appel des Kantons Genf in Revue III. S. 33 (Zeitschr. f. schwz. R. N. F. IV).

¹⁵⁾ So z. B. im A.L.R., österr. Gb. sächs. Gb. Vgl. Exner S. 146 ff. Goldschmidt Handb. I. 2. S. 635 ff.

¹⁶⁾ Vgl. noch Hafner Anmkg. 2 zu Art. 203 u. Goldschmidt Handb. I. 2. S. 617—638.

Von jeher sind einige Fälle der Besitzübertragung als besondere hervorgehoben, ja sogar von der älteren Litteratur als Singularitäten bezeichnet worden¹⁷⁾, welchen sämmtlich das gemeinsam ist, dass äusserlich eine Uebergabe der Sache nicht stattfindet, somit die Besitzübergabe nur durch Wechsel im animus sich vollzieht. In ihre einzelnen Elemente zerlegt stellen sich nun diese Besitzübergabeacte als Besitzübergabe durch oder an Stellvertreter dar. Es sind dies folgende Fälle: Entweder trifft der Stellvertreter des Tradenten und der Erwerber in einer Person zusammen¹⁸⁾ (*brevi manu traditio*), oder der Tradent und der Stellvertreter des Erwerbers ist dieselbe Person (*constitutum possessorium*), oder endlich die beidseitigen Stellvertreter sind eine Person (Besitzübergabe durch Anweisung). Für diese drei Fälle gelten an und für sich keine andern Regeln, als für die Besitzübergabe durch oder an Stellvertreter überhaupt; einzig das *constitutum possessorium*, das hie und da missbräuchlich zur Benachtheiligung von Drittpersonen angewendet wird, ist nur unter bestimmten vom Gesetze vorgeschriebenen Bedingungen rechtlich zulässig.

III. Charakteristisch ist dem *constitutum possessorium* entgegen allen andern Fällen des Besitzerwerbs, dass die tradirte Sache im Gewahrsam des Veräusserers bleibt; für Dritte ist daher der Besitzübergang nicht erkennbar. So kommt es, dass der Eigenthumserwerb durch *constitutum poss.* äusserlich einem Eigenthumserwerb durch blossen Consens der Parteien ähnlich sieht und somit auch die Möglichkeit gegeben ist, das Erforderniss der Besitzübergabe durch Anwendung des *Constituts illusorisch* zu machen.¹⁹⁾ Andererseits darf man sich nicht verhehlen,

¹⁷⁾ Vgl. Exner S. 142 Not. 52. S. 143 Not. 54.

¹⁸⁾ Was Savigny § 19 Erwerb durch frühere Apprehension nennt. Genau genommen apprehendirt aber der frühere Stellvertreter in seiner jetzigen Eigenschaft als Besitzerwerber erst mit dem Moment, wo er auch den animus für sich zu besitzen hat.

¹⁹⁾ Daher es denn beim Pfandrechtserwerb geradezu ausgeschlossen ist. Art. 210. pos. 2.

dass im Verkehr das Bedürfniss oft vorhanden ist durch das Constitut zu tradiren, besonders wenn es im Interesse des Erwerbers liegt, die erworbene Sache in der Detention des Veräusserers zu belassen, indem er die Kosten und Gefahren des Transportes scheut oder alsbald wieder am selben Orte verkaufen will oder endlich den Genuss der Sache ebenso gut hat, ob sie in seiner oder seines Stellvertreters Detention sei.

Es bestimmt daher Art. 202 des O. R.:²⁰⁾

„Ausnahmsweise kann der Veräusserer auch an einer Sache, welche er in Händen behält, den Besitz auf den Erwerber übertragen, wenn dieselbe in Folge eines besonderen Rechtsverhältnisses, wie z. B. eines Miethvertrages, noch in seinem Gewahrsam zurückbleiben soll.

„Eine solche Uebertragung ist Dritten gegenüber unwirksam, falls eine Benachtheiligung derselben beabsichtigt wurde. Der Richter entscheidet hierüber nach freiem Ermessen in Würdigung der Umstände.“

Der Veräusserer ist im *constitutum poss.* zugleich Stellvertreter des Erwerbers im Besitzerwerbe; in seiner Eigenschaft als Veräusserer hat er das *corpus* schon, kann es als Stellvertreter also nicht mehr durch einen äusserlich wahrnehmbaren Act erwerben; alles was in die Aussenwelt tritt, ist einerseits der Wille des Erwerbers, durch seinen Stellvertreter Besitz zu erwerben, andererseits der Wille des Veräusserers, seinen eigenen Besitz aufzugeben und fortan für den Erwerber die Sache zu detiniren. Was speciell den Willen des Stellvertreters anbelangt, so muss derselbe vor allem erklärt sein,²¹⁾ vermuthet wird er nicht. Ausserdem ist aber erforderlich, dass derselbe auch ein rechtlich motivirter sei. Das Gesetz verlangt, dass, wenn die

²⁰⁾ Man vergleiche hiemit den Art. 219¹ des E⁴ und die Botschaft Seite 58.

²¹⁾ Mit diesem Erforderniss hat man sich fast allgemein begnügt; so Savigny § 27. Dagegen aber Exner S. 143 ff. Seiner Ansicht folgt auch das O. R.

Detention noch beim Veräusserer bleiben solle, dies auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses geschehe; wenn also Jemand sein Mobiliar verkauft, zugleich aber dasselbe noch weiter benutzen möchte, so geht Besitz und damit Eigenthum auf den Erwerber nur über, wenn die Mobilien dem Veräusserer zur Miethe oder zur Leihe etc. überlassen werden.²²⁾ Besitz und Eigenthum wird also dem Erwerber erst erworben mit dem Zeitpunkt der Perfection des die Detention des Veräusserers motivirenden obligatorischen Rechtsgeschäfts; in dem Willen des Veräusserers, die veräußerte Sache fortan vom Erwerber zur Leihe, zum Depositum etc. zu haben, ist implicite auch der Wille, für denselben zu detiniren, enthalten. So geht z. B. das Eigenthum auf den Committenten über in dem Zeitpunkt, in welchem der Commissionär demselben angezeigt hat, dass er die für ihn gekauften so und so bezeichneten Inhaberpapiere in dessen Dépôt aufgenommen habe.

Wenn aber auch die soeben erwähnten Requisite vorliegen, so soll dessen ungeachtet die Besitzübertragung Dritten gegenüber unwirksam sein, falls eine Benachtheiligung derselben beabsichtigt wurde. Das Gesetz will mit dieser Bestimmung der missbräuchlichen Anwendung des *constitutum possessorium* vorbeugen; ein Schuldner soll nicht in fraudulöser Absicht sich des Eigenthums an seiner Sache entäussern, zugleich aber noch den Genuss der factischen Innehabung derselben behalten können. Ob eine Collusion des Veräusserers mit dem Erwerber vorliegen müsse, oder ob *dolus* auf Seite des Veräusserers genüge, darüber entscheidet das Gesetz nicht ausdrücklich; mir scheint, dass man nach Analogie der *actio Pauliana* Einverständniss des Erwerbers mit dem Veräusserer verlangen muss.²³⁾ Wäre die Sache

²²⁾ Com. zu Art. 202. Not. 1. Das Gesetz selbst nennt als Beispiel des der Detention des Veräusserers unterliegenden besonderen Rechtsgeschäfts die Miethe. Bekanntlich wird aber beim *Constit. poss.* gerade das fernere Ueberlassen zur Miethe, in *fraudem tertii* gebraucht. Insofern ist die Wahl des Beispiels nicht gerade glücklich.

²³⁾ Dies scheint auch ein *Recursalentscheid* der Appellationskammer

durch reelle Uebergabe in den Besitz des Erwerbers gelangt, so würde behufs Anfechtung dieser Besitz- und Eigenthumsübertragung nach Art. 889 des O. R. das kantonale Recht, d. i. die kantonalen Normen über die actio Pauliana massgebend sein, ihre Geltung ist ausdrücklich reservirt bis zum Erlass eines eidgenössischen Gesetzes über Betreibung und Conkurs. Zwar war schon bei Berathung des O. R. der Antrag gestellt worden, in das Gesetz Bestimmungen über die actio Pauliana aufzunehmen, allein auf Verlangen des Ständerathes wurde davon im Hinblick auf eine eidgenössische Concursgesetzgebung wieder abgesehen.²⁴⁾ Einzig zwei Fälle hat das O. R. herausgegriffen und schon vor Erlass dieser Gesetzgebung normirt, es sind dies Art. 137,²⁵⁾ (Anfechtbarkeit einer zum Zweck der Verrechnung in Kenntniss der schuldnerischen Insolvenz erworbenen Forderung) und unser Art. 202. Beide statuiren die Freiheit des Richters, unter Würdigung der Umstände nach seinem Ermessen die Verrechnung resp. die Besitzübertragung für wirksam oder unwirksam zu erklären.²⁶⁾ Diese freie Beweiswürdigung kann sich aber selbstverständlich nur auf Thatfachen beziehen; unberührt von freiem Ermessen des Richters bleiben Rechtsfragen, und als eine solche stellt sich die Frage, ob einseitiger dolus des Schuldners zur Anfechtung genüge, oder ob der Erwerber mit dem Tradenten im Einverständniss handeln müsse, dar. Diesbezüglich sagt nun Art. 137, dass die Verrechnung angefochten werden könne, wenn ein Schuldner des in Conkurs gerathenen vor der Concurseröffnung,

des zürch. Obergerichts vom 22. Mai 1883 anzunehmen, obwohl dies nicht ausdrücklich hervorgehoben wird. S. *Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundescivilrechts*. Bd. I. S. 24 in *Zeitschrift für schweiz. R. N. F.* Bd. II.

²⁴⁾ Com. zu Art. 128, Not. 5 und z. Art. 889, Not. 1.

²⁵⁾ Vgl. Com. z. Art. 137, Not. 1 und z. Art. 136, Not. 1.

²⁶⁾ Für das preussische Recht erwähnt auch *Dernburg* 3. Aufl., I. § 152, Not. 10, dass durch die freie Beweiswürdigung des Reichscivilprocesses die Gefahr, dass durch Simulation und constitutum possessorium die Gläubiger des Tradenten benachtheiligt werden, vermindert sei.

aber in Kenntniss von der Zahlungsunfähigkeit seines Gläubigers, eine Forderung an denselben erworben habe, um sich oder einem Andern durch die Verrechnung einen Vortheil zur Beeinträchtigung der Masse zuzuwenden. Aus dieser Bestimmung dürfen wir gewiss schliessen in Anbetracht der ähnlichen Fassung und Stellung der beiden Artikel, dass auch in Art. 202 die Meinung des Gesetzgebers die ist, dass zwischen Veräusserer und Tradent eine Collusion vorhanden sein müsse, um die Besitzübertragung durch Constitut für unwirksam erklären zu können. Ueber das Bestehen dieser Collusion entscheidet der Richter und hat dabei in Würdigung der Umstände freien Spielraum. Insbesondere kann er nicht nur ein dem Constitut unterliegendes simulirtes Rechtsgeschäft für ungültig erklären, sondern auch ein vielleicht ernstlich gemeintes.²⁷⁾ Wie und wann diese Anfechtung geltend gemacht werden kann, hängt von der kantonalen Gesetzgebung ab, speciell von der Art der Schuldbetreibung. Wird auf Pfändung betrieben, so kann derjenige Gläubiger, zu dessen Gunsten eine Sache gepfändet werden soll, ein richterliches Urtheil darüber verlangen, ob die betreffende Sache vom Schuldner zu Recht veräussert worden sei oder behufs der Benachtheiligung des Gläubigers.²⁸⁾ Im Concourse des Veräusserers werden alle im Gewahrsam desselben befindlichen Sachen als zur Masse gehörig betrachtet und wird Drittberechtigten aufgegeben, ihre eventuellen Ansprüche auf die betreffenden Sachen geltend zu machen; hier kann das Anfechtungsrecht der Gläubiger durch Bestreitung unter Hinweis auf die beabsichtigte Benachtheiligung ausgeübt werden.

IV. Wie schon oben bemerkt, hat auch die Besitzübertragung durch Anweisung nichts von einer andern Besitzübertragung differirendes an sich. Es sagt Art. 201:

²⁷⁾ So auch der oben citirte Recursalentscheid des O. G. Zürich. *Revue* I. S. 25.

²⁸⁾ Vgl. auch Comment. z. Art. 202, Not. 2.

„Befindet sich die Sache in Händen eines Dritten, so erfolgt die Besitzübertragung auch dadurch, dass der Dritte von dem Veräusserer beauftragt wird, die Sache fortan für den neuen Erwerber in Gewahrsam zu halten.“²⁹⁾

Es treffen hier Stellvertreter des Tradenten und Stellvertreter des Empfängers in einer Person zusammen. Dieser Besitzerwerb ist heutzutage ein ziemlich häufig vorkommender. Voraussetzung ist Vorhandensein des corpus beim beidseitigen Stellvertreter (die Sache befindet sich in Händen eines Dritten); erforderlich ist der Wille des Erwerbers Besitz zu erwerben und der Wille des beiderseitigen Stellvertreters, fortan für den Empfänger zu detiniren. Der letztere liegt vor, wenn der Tradent seinen Stellvertreter anweist, für den Erwerber zu detiniren, und der Stellvertreter den Auftrag annimmt;³⁰⁾ diese Annahme kann selbstverständlich sowohl ausdrücklich wie stillschweigend geschehen; so ist z. B. die Besitzübertragung geschehen, wenn die Lagerhausverwaltung im Auftrage des A die bestimmte Waare vom Lager des A auf das Lager des B zuschreibt.

V. Eine speciell im Handelsverkehr immer mehr um sich greifende Anwendung dieser Besitzübertragung durch Anweisung ist die Besitzübertragung (und damit event. auch Pfandrechts- oder Eigenthumsbestellung) durch Uebergabe von sog. Waarenpapieren. Es hat sich dieselbe am Connossement ausgebildet und ist wie dieses eine Vermittlerin der schnellen Waarencirculation geworden³¹⁾. Während schon früh der Handelsstand von einem richtigen Gefühl geleitet, der Uebertragung des Papiers, insbesondere des Connossements nicht nur obligatorische, sondern

²⁹⁾ Comment. z. Art. 201, Not. 1 erwähnt, dass dieser Art. erst durch die Berathungen in den gesetzgebenden Räthen in das Gesetz aufgenommen worden ist.

³⁰⁾ Exner, Tradition S. 142, Not. 52.

³¹⁾ Ueber die geschichtliche Entwicklung der Waarenpapiere, insbesondere des Connossements vergl. die ausführliche Darstellung Goldschmidt's in seinem Handb. I. 2. § 69—77.

auch dingliche Wirkung zusprach und auch ein Theil der Praxis und Theorie dieser Ansicht huldigte, hat es die neuere Rechtswissenschaft versucht, die Rechte aus dem Connossement auf alleiniger obligatorischer Grundlage zu construiren, welche Construction allerdings den Vorzug der Klarheit und Einfachheit für sich hat, aber abgesehen davon, dass sie heute mit gesetzlichen Bestimmungen³²⁾ nicht im Einklang steht, dem Connossementsinhaber nicht in dem Masse Rechtsschutz gewährt, wie die in Uebereinstimmung mit den Anschauungen des Verkehrs und mit Gesetzesbestimmungen sich befindende dingliche Theorie³³⁾. Neben dem Connossement und in ihrer inneren Structur ihm ähnlich, haben sich im modernen Verkehr noch andere Waarenpapiere ausgebildet und mehr und mehr drängt auch die Anschauung der Handelswelt dahin, diesen Papieren die gleichen rechtlichen Effecte zuzusprechen, insbesondere die Uebertragung derselben der Uebergabe der Waare selbst gleichzustellen. Dem Connossement am meisten verwandt und eigentlich nur eine Anwendung des Connossements auf den Binnentransport ist der Ladeschein³⁴⁾. Er ist wie jenes eine Scripturobligation und unterscheidet sich hiedurch wesentlich vom Frachtbrief; was seine obligatorischen Wirkungen anbelangt, so hat ihn auch das deutsche Handelsgesetzbuch in eine Linie mit dem Connossement gestellt; er entscheidet für die Rechtsverhältnisse zwischen dem Frachtführer und dem Empfänger des Guts. Nach Ausstellung eines Ladescheines kann

³²⁾ z. B. H.Gb. Art. 649. „Die Uebergabe des an Ordre lautenden Connossements an denjenigen, welcher durch dasselbe zur Empfangsnahme legitimirt wird, hat..... dieselben rechtlichen Wirkungen wie die Uebergabe der Güter.“

³³⁾ Die Unzulänglichkeit der rein obligatorischen und der vermittelnden Theorien hat Exner Tradition S. 185 ff. dargethan; gegen Exner's eigene Theorie des Eigenthumserwerbs durch einen in der Connossementsübertragung liegenden neuen formellen dinglichen Vertrag wendet sich Goldschmidt a. a. O. § 79 Not. 3.

³⁴⁾ Vgl. Goldschmidt Handb. I. 2. § 75. Not. 93. Thöl H.R. III. S. 77. Eger, Frachtrecht III. S. 2.

der Absender als solcher nur unter Rückgabe des Ladescheines über das Gut vor beendigtem Transport verfügen u. s. w. (Vgl. Art. 415—418 H.Gb.) Für uns kommen hier nur allfällige dingliche Wirkungen der Uebergabe des Ladescheines in Betracht. Das H.Gb. hat allerdings diesbezüglich keinen allgemeinen Rechtsatz wie beim Connossement (Art. 649) aufgestellt³⁵⁾. Indessen weist Goldschmidt a. a. O. S. 767 überzeugend nach, dass, da die Consequenzen der dinglichen Wirkung der Uebergabe des Ladescheines für Pfand- und Retentionsrecht gerade so wie bei der Uebergabe des Connossements durch verschiedene Bestimmungen des H.Gb.³⁶⁾ anerkannt seien, auch die allgemeine Geltung der dinglichen Wirkung um so weniger bezweifelt werden dürfe, als dieselbe keineswegs nur kraft positiver, gesetzlicher oder gewohnheitsrechtlicher Sanction bestehe, sondern zugleich als wissenschaftliche Folgerung sich unmittelbar aus den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts vom Erwerb des Gewahrsams und des Besitzes durch Mittelspersonen ergebe. Und im gleichen Sinne äussert sich das Reichsgericht³⁷⁾: „Durch die Nichtaufnahme dieser Bestimmung (Art. 649) ist jedoch nicht gesetzlich ausgesprochen, dass die Uebergabe des Ladescheines keine der Uebergabe des Connossements entsprechende Wirkung betreffs der Besitzverhältnisse haben sollte, ebensowenig wie die Beschränkung der Bestimmung des Art. 649 auf Ordreconnossemente die Möglichkeit der Anwendung desselben auf Rectaconnossemente ausschliesst. Es fragt sich nun, ob der in Art. 649 H.Gb. ausgesprochene Satz als eine lediglich positivrechtliche Bestimmung aufgefasst werden müsse, oder ob sie nicht aus allgemeinen Grundsätzen sich herleiten lasse und damit auch die Beschränkung derselben auf Connossemente hinwegfalle. Das Reichsgericht

³⁵⁾ Ueber die legislatorischen Verhandlungen vergl. Goldschmidt a. a. O. Not. 95. Eger a. a. O. S. 11 ff.

³⁶⁾ Art. 374. 382. 313 des H.Gb.

³⁷⁾ Erkenntniss des I. Civ. Senats v. 1. October 1881, Entsch. Bd. 5. S. 79.

tritt der letzteren, insbesondere von Goldschmidt vertretenen und begründeten Ansicht bei. Der Schiffer, welcher ohne Connossementsausstellung für den Ablader detinirt, erklärt durch Zeichnung des Ordreconnossements naturgemäss, für den legitimirten Inhaber des Connossements zu detiniren, denn nur diesem verpflichtet er sich, das Gut herauszugeben und der Absender kann das Gut nur verlangen gegen Zurückgabe der Connossemente. Der Connossementsinhaber detinirt also durch den Schiffer, er erhält die Detention durch Uebergabe des Connossements“.

Diese von Goldschmidt a. a. O. S. 721 ff. für das Connossement begründete und analog für den Ladeschein und auch für Lagerscheine und ähnliche Papiere verwendbare Construction stützt sich auf die Grundsätze über Besitzerwerb durch Mittelspersonen. In der Ausstellung des Connossements resp. Ladescheins des Schiffers resp. Frachtführers liegt implicite die Erklärung, dass er die geladenen Güter detiniren wolle für diejenige Person, an die er zur Auslieferung obligirt ist, also für den Fall, dass das Papier auf Namen lautet, für den namentlich bezeichneten Empfänger, oder bei Ordrepapieren für den Remittenten oder Indossatar, oder endlich bei Inhaberpapieren für den Inhaber. So lange das Connossement resp. der Ladeschein vom Ablader resp. Absender noch nicht begeben ist, detinirt der Schiffer resp. Frachtführer noch für den Ablader etc., aber nur desswegen, weil dieser letztere durch Rückgabe des Connossements resp. Ladescheins über die Waaren verfügen kann oder selbst aus dem Connossement resp. Ladeschein zur Verfügung berechtigt ist. Begiebt der Ablader das Connossement, so wird damit die Detention oder der juristische Besitz und damit eventuell auch ein dingliches Recht auf den Connossementsempfänger übertragen und so weiter von diesem wieder an einen späteren Empfänger. Der Schiffer bildet so den Stellvertreter im Besitz für eine successive Reihe von Principalen, oder wie Goldschmidt sagt³⁸⁾: „Die Connosse-

³⁸⁾ a. a. O. 723. Vgl. auch eod. S. 767/68. Gegen Goldschmidt's

mentsbewegung ist Bewegung der Waarendetention“. Diese Detentionsbewegung, die sich in der Uebertragung des Connos-
sements resp. Ladescheins abspielt, kann sich nun auch in der
Uebergabe anderer ähnlich gearteter Papiere vorfinden. An und
für sich sind alle die hier in Frage kommenden Papiere Beweis-
urkunden über die Einlieferung einer bestimmten Sache beim
Aussteller der Urkunde. Ob sie mehr sind, insbesondere ob sie
den Character von Scripturobigationen tragen, ist eine quaestio
facti, für deren Entscheidung der Tenor der Urkunde massgebend
ist. Hat der Aussteller darin versprochen, dass er gegen Rück-
gabe und gemäss der Urkunde die Sache ausliefern werde, sei
es nun an einen in der Urkunde bestimmt benannten Empfänger,
oder an einen durch eine fortlaufende Girokette legitimirten oder
an jeden Inhaber der Urkunde, so hat er sich damit jedem
Nehmer des Papiers selbstständig verpflichtet und es ist auch
anzunehmen, dass er die Sache für den jeweiligen Inhaber der
Urkunde detiniren wolle oder für den bestimmt benannten Em-
pfänger und durch diesen für dessen eventuelle Cessionare³⁹⁾.
Die Möglichkeit einer solchen Besitzübertragung durch Ueber-
gabe des Waarenpapiers hat auch das O. R. an verschiedenen
Orten anerkannt, nämlich bezüglich des Eigenthumserwerbs in
Art. 209 und bezüglich des Pfandrechtserwerbs in Art. 212. Die
betreffenden Bestimmungen finden sich gleichmässig in den 4
vorhergehenden Entwürfen⁴⁰⁾, und jeweilen an der entsprechen-
den Stelle, wie im Gesetz selbst. Dabei ist aber darauf auf-
merksam zu machen, dass die Stellung des einschlagenden Art.

Construction wendet sich R a n d a, Eigenthumsrecht I, S. 290, Not. 16, ohne
jedoch für dieselbe einen besseren Ersatz zu finden.

³⁹⁾ Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 773 ff. (über Lagerscheine und
deren Entwicklung in den verschiedenen europäischen Culturstaaten) Mz.
Motive S. 422 ff. Endemann in Endemann's Handb. § 170. F. Hecht,
die Warrants. Beilageheft zu Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 29.

⁴⁰⁾ Eine bundesrechtl. Regelung der Lagerscheine und Warrants, wie
sie Munzinger's Entwurf v. 1864, Art. 445—458 und Motive S. 422 ff. pro-
jectirt hatte, wurde nicht in die E. des O. R. aufgenommen. Ueber die-

am Ende des über den Eigenthumserwerb handelnden Abschnittes wohl bei den 4 Entwürfen eine systematisch berechnete war, denn jene hatten im Princip den Eigenthumsübergang durch formlosen Consens gemäss dem frz. R. aufgenommen (der 4. Entwurf nur in römischrechtlichem Gewande) und nur für den Erwerb im guten Glauben Besitzübergabe erfordert. Hievon handeln die Entwürfe je in der 2. Hälfte des 1. Abschnittes, und hier musste naturgemäss auch der fragliche Art. seine Stellung finden.⁴¹⁾ Im Gesetz wurde nun im Princip der Eigenthumsübergang durch Tradition proklamirt, gleichviel ob man vom Eigenthümer oder Nichteigenthümer tradirt erhalten habe; von der Besitzübergabe handelt das Gesetz in der 1. Hälfte des 1. Abschnittes, hier hätte also Art. 209 seine systematische Stellung finden müssen. Da er aber in den 4 Entwürfen immer (und dort mit Recht) am Schlusse gestanden hatte, blieb er auch im Gesetze dort stehen, ein erratischer Block. Es ist zwar in Art. 209 zugleich auch vom gutgläubigen Erwerb des Papiers die Rede, allein nicht hierauf zielt der Art. ab; denn es ist selbstverständlich schon nach Art. 205 anzunehmen (nach den entsprechenden Bestimmungen über den Wechsel, Art. 755 und 790, bei Ordrepapieren), dass der gutgläubige Erwerber des Scheins Eigenthümer desselben wird; dass er aber zugleich Eigenthümer der durch das Papier „vertretenen“ Waare werde, kann nur daraus folgen, dass unter Umständen die Uebergabe des Papiers zugleich Erwerb der Waarendetention und eventuell des Besitzes und des Eigenthums für den Papierempfänger involvirt, m. a. W. der Art. 209 will über die Besitzübergabe und nicht

jenigen Waarenpapiere, die durch Indossament übertragbar sind, trifft Art. 844 einige Bestimmungen bez. Indossament, Legitimation des Inhabers etc. Sonst ist in dieser Materie noch die kantonale Gesetzgebung competent. Vgl. Hafner z. Art. 209 Not. 1 und Comment. z. Art. 212 Not. 4.

⁴¹⁾ War der Veräusserer Eigenthümer der Waare, so bedurfte es zur Eigenthumsübertragung auch nicht der Uebergabe des Waarenpapiers, sie war schon durch den blossen Consens perfect.

über den gutgläubigen Erwerb legisferiren. Eine Vergleichung mit der Stellung des analogen Art. 212, der den Pfandrechts-erwerb betrifft, zeigt übrigens ebenfalls, dass Art. 209 nicht am richtigen Orte steht.

Es bestimmt nun Art. 209:

„Werden Waaren durch Lagerscheine,⁴²⁾ Ladescheine oder ähnliche Papiere vertreten, so gilt der gutgläubige Erwerber des Scheines als Eigenthümer der Waare.

„Steht ihm aber ein gutgläubiger Besitzer der Waare selbst gegenüber, so geht dieser letztere mit seinem Eigenthumsanspruch oder sonstigen dinglichen Rechte vor.“

Aus der Fassung des Art., die ähnlich derjenigen des Art. 212 ist, geht hervor, dass das Gesetz die rechtlichen Folgen der Papierübertragung nicht für ein oder mehrere bestimmte Waaren-papiere regeln will, sondern dass im einzelnen Falle es dem Richter überlassen will, zu entscheiden, ob in der Uebergabe des Papiers zugleich ein Uebergang der Detention gefunden werden könne. Was hiezu erforderlich sei ist ausgedrückt in den Worten: „Werden Waaren durch Lagerscheine etc. vertreten.“ Die Verpflichtung des Ausstellers muss sich aus dem Inhalte der Urkunde ergeben, es muss daraus hervorgehen, dass er gemäss der Urkunde und gegen Rückgabe leisten wolle,⁴³⁾ sei das Papier ein Recta-, Ordre- oder Inhaberpapier. Ferner ist, damit überhaupt von Detention und Besitz an der Waare gesprochen werden kann, erforderlich, dass die Urkunde über die Leistung einer species laute; denn nur an dieser ist Besitz möglich.

Zu den in Betracht kommenden Papieren gehören speciell die Lagerscheine (*récépissé*, *warrant*), die gewöhnlich an Ordre

⁴²⁾ Der entsprechende Art. 212 hat «indossable Lagerscheine u. s. w.» Ist dieser Unterschied gewollt? und, wenn er gewollt ist, ist er berechtigt?

⁴³⁾ Vgl. *Comment. z. Art. 212*, Not. 3 und *Hafner z. Art. 209*, Not. 1 und diesen § sub V über die theoretische Construction der Conossements- und Lagerscheins-Uebergabe.

lauten; ⁴⁴⁾ ihre gesetzliche Regelung gehört vorerst noch zur Competenz der Kantone, nur in Art. 844 sind sie einigen wechselrechtl. Vorschriften unterworfen. Kantonale Gesetzgebungen über Lagerscheine existiren in Genf, loi sur les warrants v. 30. Sept. 1872 und in Basel, Gesetz vom 21. März 1864, in St. Gallen wurde schon im Jahr 1863 der Erlass eines Gesetzes über Lagerscheine geplant, ist aber bis jetzt nicht zur Ausführung gekommen. Auch Solothurn besitzt seit 3. April 1879 ein Gesetz über Warrants nebst Vollziehungsverordnung vom 23. Juli 1879, beide in Kraft seit 26. Juli 1879. ⁴⁵⁾ Aehnlich verhält es sich mit dem Ladeschein; das B. G. betr. den Transport auf Eisenbahnen vom 20. März 1875 erwähnt seiner in Art. 9, Ziff. 6, Art. 12 a, Art. 20, und konstatirt die selbständige Verpflichtung der Bahnverwaltung auf Auslieferung an den formell legitimirten Inhaber, ⁴⁶⁾ analog der Verpflichtung aus dem Connossement. Falls also ein solcher Ladeschein ausgestellt ist, so liegt in der Uebertragung des Ladescheins auch eine Uebertragung der Detention der darin verzeichneten Waare. Dasselbe darf wohl auch angenommen werden in Bezug auf die Gepäckscheine, die die Bahnverwaltung dem Reisenden für das aufgegebene Reisegepäck ausstellt; sie dienen zu gleicher Zeit als Quittung für die bezahlte Gepäcktaxe. ⁴⁷⁾ Ebenso ist der in Art 453, Ziff. 2 erwähnte Empfangschein, den der Frachtführer dem Absender ausstellen kann,

⁴⁴⁾ Die Niederlagscheine der schweiz. Zollverwaltung gehören nicht hieher, da Detention, Besitz und event. dingliche R. nicht schon durch blosse Uebergabe des Scheins, sondern erst durch Eintragung in das Register der Zollbehörde für den Papierinhaber begründet werden. Vgl. Vollziehungsordnung z. Zollgesetz v. 18. Okt. 1881 (Art. 70, l. 3) und Urth. des Civilgerichts Basel v. 6. März 1883 in Revue I. S. 13.

⁴⁵⁾ Vgl. Mz. Mot. S. 429. Comment. z. Art. 212, Not. 4, Hafner z. Art. 209, Not. 1, F. Hecht, die Warrants Beilageheft z. Goldschmidt, Ztschr. Bd. 29, S. 113/28.

⁴⁶⁾ Art. 12, l. cit. « hat eine Verwaltung einen Verpflichtungsschein (Ladeschein, Connossement) ausgestellt und davon im Frachtbrief Erwähnung gethan, so ist die Bahnverwaltung gehalten, die Waare nur an den formell legitimirten Inhaber des Ladescheines auszuliefern. »

⁴⁷⁾ Transportreglement vom 1. Juli 1876. § 26, § 33 ff.

unter Umständen geeignet, die Waare zu vertreten, sofern ohne denselben weder der Absender noch der Adressat über die verladene Waare verfügen kann.⁴⁸⁾ Kann somit im einzelnen Falle in der Uebertragung des Waarenpapiers zugleich eine Uebertragung der Detention an den Papierempfänger gefunden werden, so ist für die weitere Frage, ob der Papierempfänger lediglich Detentor bleiben, oder Besitz und Eigenthum an der im Papier bezeichneten Waare erwerben solle, einzig der der Papierübergabe zu Grunde liegende Wille der Paciscenten massgebend. Im Ferneren gelten für den Fall, dass Jemand das Papier vom Nichteigenthümer erwirbt, die in den folgenden §§ zu besprechenden Bestimmungen der Art. 205 und ff.; nur eine Consequenz hieraus ist es, dass, wenn dem Papierbesitzer ein gutgläubiger Besitzer der Waare selbst gegenübersteht, dieser letztere mit seinem Eigenthumsansprüche oder sonstigen dinglichen Rechte vorgeht. Denn entweder hat der Papiereigenthümer überhaupt nie Besitz erlangt, indem der Stellvertreter im Besitz (Depositär, Frachtführer) die Detention schon aufgegeben hatte, als das Papier vom Principal erworben wurde, oder dann hat er zwar Besitz und Eigenthum erlangt, beides aber durch die Veräusserung seitens des Stellvertreters an einen gutgläubigen Dritten wieder verloren. Ebenfalls eine Consequenz aus der verschiedenen Behandlung der Inhaberpapiere und der Ordrepapiere⁴⁹⁾ ist der Umstand, dass der Erwerber auch eines gestohlenen, oder verlorenen Ordre-waarenpapiers, sofern er beim Erwerb nicht in bösem Glauben war, oder ihm eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, Eigenthum am Papier und damit auch an den Waaren erwirbt, während der gutgläubige Erwerber eines gestohlenen oder verlorenen Inhaberpapiers nach Art. 206 bis 208 der Vindication ausgesetzt sein kann. Im Uebrigen verweise ich betr. den Erwerb im guten Glauben und die Zulässigkeit der Vindication auf die folgenden §§.

⁴⁸⁾ Vgl. Comment. z. Art. 453, Not. 4.

⁴⁹⁾ Man vgl. Art. 205 und 206 mit Art. 755, 790 und 844.

§ 5.

Der Erwerb in gutem Glauben.

I. Ausser den oben erörterten Erfordernissen, welche das römische Recht für den Eigenthumsübergang durch Tradition aufstellt, ist nach demselben noch nothwendig für die Vollwirksamkeit dieses Rechtsgeschäftes, dass der Tradent Eigenthümer der zu tradirenden Sache sei, nach dem für alle derivativen Erwerbsarten massgebenden Principe:

l. 54 D. de R. J. 50, 17: *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet.* l. 175 § 1 eod.: *Non debeo esse melioris conditionis, quam auctor meus, a quo ius in me transit.*

Dieser Satz gilt gleichmässig für Grundstücke, wie für Mobilien. Der Successor kann durch die alleinige Thatsache der Succession nie besser gestellt werden, als es sein auctor war.¹⁾

Es folgt daraus für den Eigenthumserwerb durch Tradition nach römischem Recht:

Der Erwerber erlangt Eigenthum unter den bestehenden Voraussetzungen nur dann, wenn der Veräusserer Eigenthümer war.

War der Veräusserer Eigenthümer, so erlangt der Erwerber das Eigenthum seines Vormanns, wie dieser es gehabt hat, also als ein freies oder belastet mit dinglichen Rechten, als ein revocables²⁾ u. s. w.

¹⁾ l. 20 pr. u. § 1 D de aqui. rer. dom. 41, 1.

²⁾ Irrelevant ist dabei, ob dem Erwerber das Bestehen dinglicher Rechte bekannt war oder nicht.

Geht demnach bei mangelnder Voraussetzung des Eigenthums in der Person des Tradenten dasselbe auf den Besitzerwerber nicht über, so ist dieser der rei vindicatio des wirklichen Eigenthümers ausgesetzt, gleichviel, ob er bona oder mala fide erworben habe.

Ebenso ist er, wenn er zwar Eigenthum, aber ein mit dinglichen Rechten belastetes erworben hat, der Klage des dinglich Berechtigten z. B. des Pfandgläubigers ausgesetzt, gleichviel ob er bona oder mala fide erworben habe.

Darin ist also der gutgläubige Erwerber dem bösgläubigen vollständig gleichgestellt, dass er durch seinen obwohl gutgläubigen Erwerb dennoch kein dingliches Recht, das stärker wäre, als das dem wirklichen Eigenthümer oder Pfandgläubiger zustehende, an der Sache erwirbt; der gute Glaube wird nur von Bedeutung für die Intensität des Anspruchs des klägerischen Eigenthümers und die Geltendmachung von Gegenansprüchen, und als Requisit für die Ersitzung und die Publiciana actio. So haftet z. B. der bonæ fidei possessor nicht als fictus possessor, seine Gegenansprüche für Verwendungen gehen weiter als die des unredlichen Besitzers und ebenso ist seine Haftung für Deterioration, für Früchte und causa rei eine mildere.³⁾

Ein wirklicher Eigenthumserwerb vom Nichteigenthümer findet sich nur bei der Veräußerung durch den Fiscus und den Regenten oder dessen Gemahlin; durch diesen Erwerb erlöschen auch anderweitige dingliche Rechte an der Sache.⁴⁾ Hier soll der Erwerber sich seines Rechtes ganz sicher glauben dürfen.

II. Obgleich die soeben entwickelten Rechtssätze sog. gemeines Recht sind, so ist ihr Geltungsgebiet in Deutschland doch

³⁾ Vgl. Goldschmidt Ztschr. für Handelsrecht. VIII. S. 234 ff. Windscheid I. § 193 ff.

⁴⁾ § 13 (14) J. de usur 2, 6. Windscheid I. § 165. Not. 6. Unter die Ausnahmen von der allgemeinen Regel wird auch der Verkauf durch den Pfandgläubiger gezählt; so Exner-Tradition S. 58, Not. 33. Windscheid § 172, Not. 4. § 237, Not. 17. Die Richtigkeit dieser letzteren Ansicht ist übrigens bestritten.

schon frühzeitig durch particulares Recht, das wesentlich die deutschrechtlichen Grundsätze über die beschränkte Vindication von Mobilien adoptirte, bedeutend eingeschränkt worden. Es geschah dies in bewusster Tendenz der Verkehrsbegünstigung. Auch in der Schweiz haben nur wenige Kantone dem römischrechtlichen Vindicationssystem gehuldigt, so Bern, Aargau, Tessin und Graubünden. Die übrigen Kantone der deutschen Schweiz stehen durchweg auf einem gemischten Standpunkte (mit Ausnahme von Basel) und diejenigen der französischen Schweiz haben sich an das System des code civil, der die deutschrechtlichen Grundsätze am reinsten recipirt hat, angeschlossen.

Das O. R. hat in den Art. 205—208 gleichfalls sich auf den deutschrechtlichen Boden gestellt. Das Princip, dass der gutgläubige Verkehr auf Kosten des Eigenthums und anderer dinglicher Rechte geschützt werden müsse, war sämtlichen Entwürfen zu Grunde gelegt. So enthielt schon der Munzinger'sche Entwurf von 1864 in Art. 234—237 wesentlich die Bestimmungen des Code civil,⁵⁾ nur mit dem Unterschied, dass im Anschluss an das deutsche Handelsgesetzbuch Art. 307 auch bei gestohlenen und verlorenen Inhaberpapieren die Vindication gegen den gutgläubigen Besitzer ausgeschlossen wurde. Noch weiter giengen die Entwürfe von 1871, 1875 und 1877.⁶⁾ Einmal schlossen sie nicht allein die Vindication gegen den gutgläubigen Erwerber aus, sondern sprachen ihm geradezu vollgültigen Erwerb des Eigenthums zu und dann sollte dies gelten schlechthin für anvertraute wie gestohlene und verlorene bewegliche Sachen und Inhaberpapiere.⁷⁾ Damit wäre man noch über das frz. Recht

⁵⁾ Das frz. Ges. vom 15. Juni 1872 Art. 14 unterwirft ausdrücklich die Inhaberpapiere den Bestimmungen des code civil. Art. 2279, 2280, sofern sie vor Veröffentlichung der vom Eigenthümer gemachten „opposition“ in gutem Glauben erworben wurden. Vgl. auch Zachariae-Anschütz I. S. 537, Not. 5.

⁶⁾ E¹ Art. 216 ff. E² Art. 206 ff. E³ Art. 206 ff. Vgl. auch Botschaft des Bundesrathes v. 27. Nov. 1879, S. 56.

⁷⁾ E³ Art. 206. „Ist der Veräusserer von beweglichen Sachen nicht

und das deutsche Handelsgesetzbuch hinausgegangen. Auch Munzinger hatte schon in seinen Motiven⁸⁾ die Wünschbarkeit eines solchen Rechtszustandes ausgesprochen, da dann das Princip der Nichtvindication rein und ohne Ausnahme zur Durchführung gekommen wäre. „Allein — sagt er weiter — in dieser weit mehr, als in einer andern Frage ist es wichtig, dass der schweizerische Entwurf mit den Gesetzgebungen der Nachbarländer übereinstimme, und so wirkten ausser den vielen kantonal-schweizerischen Gesetzen allerdings auch das französische Gesetz und das deutsche Handelsgesetz (Art. 306, 4. Satz) auf unsere Entschliessung bestimmend ein.“

Der Entwurf von 1879 hat die Ausnahme der verlorenen und gestohlenen Sachen wiederhergestellt und zwar auch für Inhaberpapiere (Art. 221, 223, 225); im Interesse des Verkehrs der Schweiz mit andern Ländern jedoch, in welchen die Vindication von Inhaberpapieren gänzlich ausgeschlossen ist, wurde in Art. 225 lemma 2 die Bestimmung aufgenommen, dass die Vindication nach Art. 223 nicht statffinde bei „solchen Inhaberpapieren, welche gegen Entgelt und in gutem Glauben aus einem Lande erworben worden sind, wo die Vindication ausgeschlossen ist.“⁹⁾ Ebenso wurde die Vindication von Banknoten und verfallenen Coupons gänzlich ausgeschlossen.

Alle diese verschiedenen, im Einzelnen unter sich abweichenden Bestimmungen der Entwürfe bezwecken aber nur den Schutz des gutgläubigen Erwerbers; der bösgläubige Besitzer erwirbt kein Recht, gegen ihn bleibt die Vindication immer gestattet.¹⁰⁾

Eigenthümer derselben, so erlangt der Erwerber, dem die Sachen übergeben worden sind, dennoch Eigenthum an denselben, sofern er bei der Uebergabe in gutem Glauben gewesen ist.“ cf. Art. 209.

⁸⁾ Motive z. Entwurf eines schweiz. H. R. 1865. S. 227.

⁹⁾ Ueber die legislativen Erwägungen vgl. Botschaft S. 56, 57, 58.

¹⁰⁾ E¹ Art. 218. E² Art. 208. E³ Art. 208. E⁴ Art. 224.

Die Bestimmungen des Entwurfs von 1879 sind nun mit wenigen kleinen Abänderungen in den Art. 205—208 des O. R. zum Gesetz geworden.

Der Art. 205 lautet folgendermassen:

„Vorbehältlich der Bestimmungen über gestohlene oder verlorene Sachen¹¹⁾ erlangt der gutgläubige¹²⁾ Erwerber einer Sache das Eigenthumsrecht, auch wenn der Veräusserer nicht Eigenthümer war. Unter den gleichen Voraussetzungen erlöschen sonstige dingliche Rechte dritter an der Sache.“

A. Der Artikel greift Platz bei allen Sachen, die nicht gestohlen und nicht verloren sind. Einzig bei den gestohlenen oder verlorenen Sachen hilft auch der gutgläubige Erwerb dem Besitzer nicht, das O. R. lässt gegen ihn die Vindication zu, allerdings auch wieder unter gewissen Einschränkungen.¹³⁾

Der Eigenthumserwerb vom Nichteigenthümer durch Besitzerwerb im guten Glauben ist daher die Regel; die Bestimmungen betreffend gestohlene oder verlorene Sachen bilden die Ausnahme, im Gegensatz zu denjenigen Gesetzgebungen, die zwar im Principe an der römischrechtlichen Vindication festhalten, die Zulässigkeit derselben aber unter gewissen Umständen gegen den gutgläubigen Besitzer erschweren¹⁴⁾ oder geradezu ausschliessen.¹⁵⁾ Es ergibt sich hieraus, dass für die Anwendung des Grundsatzes des O. R. nicht massgebend ist die Lehre vom sog. anvertrauten Gut, sondern dass für die ausnahmsweise Nichtanwendung einzig in Betracht kommt das vitium des Gestohlen- oder Verlorenseins einer Sache. Dieser Unterschied wird hauptsächlich practisch da, wo nach

¹¹⁾ Ueber gestohlene oder verlorene Sachen bestimmen Art. 206 und 208.

¹²⁾ Betr. den bösgläubigen Erwerber bestimmt Art. 207.

¹³⁾ Art. 206, pos. 2. Art. 208.

¹⁴⁾ Zürcher Gb. § 652 (Lösungspflicht bei anvertrautem Gut), Freiburg. CGb. § 539.

¹⁵⁾ Luzerner Gb. § 256 ff.

cantonalem Recht kraft positiver Bestimmung eine mit Willen aus der Detention gegebene Sache nicht als anvertraut galt.¹⁶⁾ Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass alle derartigen Bestimmungen kantonaler Rechte seit Inkrafttreten des O. R. hinfällig geworden sind.

Ueber gestohlene oder verlorene Sachen hat das O. R. in Art. 206 Bestimmungen getroffen, von welchen indess im Art. 208 wiederum Ausnahmen gemacht sind. Den Begriff der gestohlenen oder verlorenen Sache selbst hat das Gesetz indessen nirgends abgegrenzt; eine solche Abgrenzung zu geben, soll erst weiter unten versucht werden, da es angezeigt scheint, diese Frage im Zusammenhange mit den Voraussetzungen der ausnahmsweise gegen den gutgläubigen Besitzer gestatteten Vindication zu behandeln.

B. An Stelle des objectiven römischrechtlichen Erfordernisses, dass in der Person des Tradenten Eigenthum vorhanden sei, setzt das O. R. das subjective Erforderniss des guten Glaubens in der Person des Erwerbers.

1. Was die Natur dieses guten Glaubens anbelangt, so hat das O. R. ihn nirgends näher präcisirt. Sowohl die Entwürfe¹⁷⁾ wie das Gesetz selbst sprechen schlechthin von „gutgläubigem Erwerber“, „Erwerb in gutem Glauben“, „gutgläubigem Empfänger“ und als Gegensatz von „bösgläubigem Erwerber“. Einzig in Art. 211, 2 braucht das Gesetz für die Bezeichnung des guten Glaubens die Umschreibung „sofern nicht der Faustpfandgläubiger bei der Verpfändung das Immobiliarpfandrecht gekannt hat, oder nach den Umständen hätte kennen sollen. Ferner hat es in Art. 790 die Bestimmung der allgem. deutschen W. O. Art. 74 aufgenommen, wonach der legitimirte Besitzer

¹⁶⁾ Vgl. z. B. Zürcher Gb. § 653 „Sachen, welche einem Handwerker, oder einem Arbeiter zur Bearbeitung oder einem Familiengliede oder Dienstboten zur Besorgung überlassen werden, gelten nicht als anvertrautes Gut“.

¹⁷⁾ Man vgl. Mz. E Art. 234, 237, E¹ Art. 216, 217, 223, E² und E³ Art. 206, 207, 213, E⁴ Art. 221,², 222, 229.

eines Wechsels nur dann zur Herausgabe des Wechsels etc. angehalten werden kann, wenn er den Wechsel in bösem Glauben erworben hat oder ihm bei der Erwerbung des Wechsels eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt,¹⁸⁾ und in ähnlicher Weise enthielt der Entwurf von 1879 in Art. 221, pos. 2 die Bestimmung: „Konnte der Erwerber bei gehöriger Aufmerksamkeit vermuthen, dass der Veräusserer nicht Eigenthümer sei, so ist anzunehmen, er sei nicht in gutem Glauben gewesen.“ Dass dieselbe in das Gesetz nicht aufgenommen wurde, mag wohl darin seinen Grund haben, dass man eine Präsuntion des bösen Glaubens nicht aufstellen, sondern es dem Ermessen des Richters überlassen wollte, zu entscheiden, ob der concreten Sachlage nach guter oder böser Glaube des Erwerbers anzunehmen sei. Indessen ist die Frage, ob gutgläubiger Erwerb vorliege, nicht lediglich quaestio facti, sondern wie Goldschmidt¹⁹⁾ mit Recht hervorhebt, „zunächst eine Rechtsfrage“. ²⁰⁾

Der gute Glaube ist an und für sich ein Irrthum, der im Erwerber dadurch erweckt wird, dass der Veräusserer sich ihm gegenüber als wirklicher Eigenthümer gerirt, obgleich derselbe nicht Eigenthümer ist. Dieser Irrthum kann aber nur entstehen, wenn nicht anderweitige Umstände dem Erwerber zu erkennen geben, dass, trotzdem der Veräusserer sich als Eigenthümer gerirt, derselbe dennoch nicht Eigenthum an der zu tradirenden Sache hat, sondern dasselbe einem Dritten zusteht. Es ist also *condicio sine qua non* für das Vorhandensein des guten Glaubens, dass der Erwerber von einem dem gewollten Rechtserwerb entgegenstehenden fremden Rechte keine Kenntniss habe; ausserdem stellt aber das O. R. dem positiven Wissen um das Bestehen eines fremden Rechts das Wissen-Sollen gleich, m. a. W. das Nichtwissen darf nicht auf grober Fahr-

¹⁸⁾ Vgl. Thöl, Wechselrecht S. 706, 707. Goldschmidt in seiner Ztschrft. VIII, S. 328.

¹⁹⁾ Ztschrft. f. H. R. IX, S. 26.

²⁰⁾ Vgl. Goldschmidt, Hdbch. I, 2, S. 826. Endemann in Endemanns Hdbch., Bd. II, S. 58.

lässigkeit beruhen.²¹⁾ Es sagen dies ausdrücklich Art. 211, 2 und Art. 790, deren Bestimmungen zweifelsohne auch auf den Eigenthumserwerb vom Nichteigenthümer angewendet werden dürfen.²²⁾ Als rein innerer Seelenzustand kann der gute Glaube selbstverständlich in verschieden starkem Grade beim Erwerber vorhanden sein; er kann von der blossen durch die Umstände gerechtfertigten Vermuthung, dass der Veräusserer Eigenthümer sei, sich steigern bis zur vollen Ueberzeugung; in welchem Grade der gute Glaube vorhanden sei, hängt also allein von der subjectiven Anschauung des Erwerbers ab. In beiden Fällen jedoch beruht der gute Glaube auf demselben thatsächlichen Substrat, dass nämlich der Erwerber das Vorhandensein eines dem gewollten Rechtserfolg entgegenstehenden fremden Rechts bei Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt nicht kennen konnte. Demnach kann für das Vorhandensein des guten Glaubens in der Person des Erwerbers nichts anderes verlangt werden, als seine wenigstens nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntniss von der Existenz eines fremden Rechts an der zu tradirenden Sache.^{23,24)}

2) Das Erforderniss des guten Glaubens ist ein Surrogat für das Vorhandensein des Eigenthums in der Person des Tradenten. Nach römischem Recht ist nun eine Tradition nicht

²¹⁾ Vgl. Commentar z. Art. 205, Not. 2. Randa, Eigenthumsrecht I, S. 323, Not. 61.

²²⁾ Gleicher Ansicht ist die herrschende Doctrin für das HGb.; man vgl. Goldschmidt, Ztschrft. IX. S. 29, Not. 13. Hauser, Archiv f. W. R. XVI, S. 287, Not. 61. Endemann in Endemanns Hdbch. II, S. 58, Not. 50.

²³⁾ Goldschmidt, Ztschrft. IX, S. 28 und Not. 12 eod.

²⁴⁾ So erwirbt m. E. derjenige Eigenthum, der zwar weiss, dass sein auctor von einem Nichteigenthümer erworben hat, aber aus den vorliegenden Umständen schliessen zu dürfen glaubt, sein auctor sei bei dem Erwerbe in gutem Glauben gewesen und desshalb Eigenthümer geworden. A. M. Hahn, Com. II z. Art. 306, § 5, Not. 8. Im vorliegenden Falle ist der Erwerber in Unkenntniss über die Existenz eines fremden Rechts (er glaubte ja aus den Umständen entnehmen zu können, dass es schon erloschen war!) und sofern er nicht grob fahrlässig dabei gehandelt, ist er in gutem Glauben.

weniger vollwirksam, ob der Veräusserer beim Abschlusse des obligatorischen Veräusserungsvertrages Eigenthümer war oder nicht, sofern er nur Eigenthum hatte im Momente der vollendeten Tradition. Demnach ist der gute Glaube des Erwerbers erforderlich für den Traditionsact, nicht an und für sich auch zur Zeit des Abschlusses des der Tradition zu Grunde liegenden Veräusserungsgeschäfts. Es erscheint mir desshalb die von Goldschmidt und A.²⁵⁾ für das HGb. vertretene Ansicht unrichtig, dass wenn Veräusserungsgeschäft und Tradition zeitlich auseinander liegen, der gute Glaube schon vom Abschluss des Veräusserungsvertrags an bis zur vollendeten Tradition beim Erwerber vorhanden sein müsse. M. E. liegt kein Grund vor, die Ausnahmebestimmung des röm. R.,²⁶⁾ das bei der Usucapion einer Sache, die auf Grund Kaufs tradirt worden, die Existenz der bona fides zur Zeit des Abschlusses des Kaufs verlangte, hier analog anzuwenden. Man nehme z. B. den Fall an, dass der Veräusserer eine ihm zur Zeit des Kaufabschlusses noch nicht gehörige Sache verkauft und nachher dem Erwerber glaubhaft macht, dass er die Sache in der Zwischenzeit bis zur Tradition eigenthümlich erworben habe. Unter solchen Umständen mag man es allerdings mit dem Erforderniss des guten Glaubens und dem Nachweis desselben besonders streng nehmen, aber principiell scheint es mir zu genügen, wenn zur Zeit der Tradition guter Glaube vorhanden ist.²⁷⁾

Ebensowenig schadet mala fides superveniens; der gutgläubige Erwerber erwirbt das Eigenthum sofort, ein späterer Erwerber wird also von jenem das Eigenthum erwerben, auch

²⁵⁾ Goldschmidt, Ztschrft. IX, S. 37. Hauser, im Archiv für Wechsehr. XVI, S. 290. Anschütz-Völderndorff, Com. III, S. 158. Goldschmidt in s. Hdbch. I, 2, S. 827. Endemann in Endemanns Hdbch. II, S. 59, Not. 54. Dagegen Thöl I, 2, S. 138, Not. 12. Dernburg, preuss. P. R., 3. Anfl. I, § 189, Not. 13.

²⁶⁾ Vgl. Windscheid I, § 177, 1.

²⁷⁾ Vgl. Thöl a. a. O. Dernburg a. a. O.

wenn er weiss, dass der Vormann seines Auctors Nichteigenthümer gewesen ist.²⁸⁾

3. Der gute Glaube ersetzt den Mangel des Eigenthums, er ersetzt aber auch nur diesen. Das sagen deutlich die Worte des Art. 205: „Der gutgläubige Erwerber einer Sache erlangt das Eigenthumsrecht, auch wenn der Veräusserer nicht Eigenthümer war.“ Alle sonstigen Erfordernisse der Tradition müssen also vorhanden sein und der Mangel eines derselben wird nicht geheilt dadurch, dass etwa der Erwerber irrthümlicher Weise glaubt, dasselbe sei wirklich vorhanden; so erwirbt Jemand auch im besten Glauben kein Eigenthum von einem Handlungsunfähigen, ebenso kein Eigenthum an einer verlornen oder gestohlenen Sache (über die Rechtsverhältnisse, die an solchen unter Umständen durch gutgläubigen Erwerb entstehen können, siehe weiter unten § 7). Daher ist es m. E. auch nicht „gleichviel, ob der Nichteigenthümer im eigenen Namen veräussert, oder im Namen eines Dritten, welchen er vertritt,“²⁹⁾ und demgemäss auch nicht, „ob der Irrthum das Eigenthum oder das Verfügungsrecht des Veräusserers betrifft.“ Denn der Erwerber befindet sich im letzteren Falle in gar keinem Irrthum über das Eigenthum, dagegen kommt zwischen ihm und dem wirklichen Eigenthümer keine wirksame Tradition zu Stande, da der Tradent wegen mangelnder Stellvertretung ihn nicht vertritt, seine Handlungen mithin für den angeblichen Principal ohne rechtliche Wirkung sind.³⁰⁾ Ebenso kann nicht angenommen werden, dass zwischen dem angeblichen Stellvertreter und dem Erwerber eine Tradition zu Stande komme; einer solchen Annahme würde insbesondere entgegenstehen, dass der Erwerber in Kenntniss des bestehenden fremden Rechts die Sache vom Nichteigenthümer

²⁸⁾ Goldschmidt Ztschr. IX S. 38. Note 23a. Hahn, Comm. II. zu Art. 306, § 5. Brunner in Endemanns Hdbch. II. S. 207.

²⁹⁾ Goldschmidt Hdbuch. I. 2, S. 826, Note 17.

³⁰⁾ So Hauser Archiv f. WR. XVI S. 285. A. M. Goldschmidt Ztschr. IX S. 27 und Hdbch. a. a. O. Vgl. auch O. R. Art. 46.

empfienge, also wiederum kein Eigenthum erlangte. Dagegen ist zuzugeben, dass in unserem Falle unter Umständen Eigenthum dennoch übergeht, sofern nämlich die Voraussetzungen des Art. 41 vorliegen.

„Hat der Vertretene die Vollmacht ausdrücklich oder thatsächlich kundgegeben, so kann er deren gänzlichen oder theilweisen Widerruf gutgläubigen Dritten nur dann entgegensetzen, wenn er denselben ebenfalls bekannt gemacht hat.“³¹⁾

4. Einer besondern Erörterung bedarf noch der Fall, wo das Eigenthum an der Sache durch einen Stellvertreter erworben werden soll.³²⁾ Es sind hier zwei Möglichkeiten auseinanderzuhalten:

a) Der Stellvertreter vertritt den Principal bloss im Besitzerwerb; sein Wille für den Principal zu besitzen ist dann ganz unbeeinflusst von der Frage, was für ein Recht sein Principal an der Sache erwerben wolle, sein Wille ist mithin immer derselbe, ob der Principal nur Detention oder juristischen Besitz oder Eigenthum erlange. Es kann demnach für diesen Stellvertreter die Frage, ob er in gutem Glauben sein müsse, gar nicht aufgeworfen werden, da der gute Glaube wohl relevant ist für den Rechtserwerb, nicht aber für den Besitzerwerb. Ob der Principal Eigenthum an der seinem Stellvertreter tradirten Sache erlange, hängt hier lediglich von dem Vorhandensein des guten Glaubens in seiner eigenen Person ab. Auch hier genügt, dass der Principal im Zeitpunkt der Uebergabe an den Stellvertreter in gutem Glauben sei.

b) Der Stellvertreter vertritt den Principal im Rechtserwerb, er schliesst im Namen desselben mit dem Veräusserer den Traditionsvertrag. Er will für den Principal nicht nur Besitz erwerben, sondern zugleich ein dingliches Recht, Eigenthum.

³¹⁾ Vgl. Comment. z. Art. 41, Note 2.

³²⁾ Vgl. die ausführliche Casuistik bei Hauser a. a. O. S. 287 ff. Goldschmidt Ztschr. IX. S. 38 ff.

Dabei ist es der Wille des Stellvertreters, der den Rechtserfolg herbeiführt, nur wird dieser nicht für den Stellvertreter, sondern für den Principal herbeigeführt.³³⁾ Erst hinter dem Willen des Stellvertreters steht der Wille des Principals, der den Rechtserfolg vom Stellvertreter ab- und auf den Principal zuleitet. Es muss daher in erster Linie der gute Glaube in Betracht kommen für den Stellvertreter und eventuell erst für den Principal. Wiederum ist hier zu entscheiden:

α) Der Stellvertreter erwirbt die Sache ohne Wissen des Principals.³⁴⁾ Die Befugniss zum Erwerbe kann sowohl in einem generellen oder speciellen Auftrag liegen. Es ergibt sich hier aus der Natur der Sache, dass allein der gute Glaube des Stellvertreters in Betracht kommen kann; denn ein Nichtwissen des Erwerbs seitens des Principals schliesst auch ein Nichtkennen der den Erwerb begleitenden Umstände in sich, also auch ein Nichtkennen eines dem gewollten Rechtserfolg entgegenstehenden fremden Rechts an der zu tradirenden Sache.

β) Der Stellvertreter erwirbt mit Wissen des Principals. Regelmässig wird hier die Befugniss zum Erwerbe auf einem speciellen Auftrage beruhen; indessen ist auch die Möglichkeit eines generellen Auftrags nicht ausgeschlossen. Da sich hier der Wille des Principals mit dem Willen des Stellvertreters deckt, ist erforderlich, dass beide gleich geeigenschaftet seien, d. h. sowohl der Stellvertreter wie der Principal müssen in gutem Glauben sich befinden, damit der Principal Eigenthum erwerbe.³⁵⁾

Nach diesen Grundsätzen erledigt sich auch die in der

³³⁾ Es ist hier nicht der Ort, näher auf die Construction dieser sog. freien oder unmittelbaren Stellvertretung einzugehen. Vgl. hierüber Thöl, Handelsr. I, 1 § 70 und Note 6 und Anmerkg. ebendasselbst

³⁴⁾ Selbstverständlich erwirbt er immer mit Willen des Principals, sofern er nämlich zum Erwerb vom Principal bevollmächtigt ist.

³⁵⁾ Goldschmidt Ztschr. IX. S. 39 ff. kommt zum gleichen Resultate, geht aber von einem andern Ausgangspunkt aus. Vgl. auch Randa. Eigenthumsrecht I, S. 324/26.

deutschen Litteratur aufgeworfene Frage, ob zu dem Erwerb nach Art. 306 des HGB. auch Uebergabe durch constit. possessor. genüge. Diese Frage ist a priori von den Meisten verneint worden. (So Goldschmidt Ztschrft. f. HR. IX S. 16. Note 13. Hdbch. I, 2 § 80, Note 14. Hahn Comment. z. Art. 306 § 4. Hauser Arch. f. WR. XVI S. 274. Anschütz-Völdern-dorf Comm. z. Art. 306, III. 4. Endemann in E. Hdbch. § 174, Note 21. Stobbe, Hdbch. 2. Aufl. II § 148, Note 5. Dagegen Thöl HR. § 234, Note 5.) Es ist auch dieser Meinung beizustimmen, insofern in vielen Fällen der Veräusserer wissen wird, dass er nicht Eigenthümer der zu tradirenden Sache ist. Da er aber zugleich Stellvertreter des Erwerbers im Rechts- und Besitzerwerb ist, kann er nicht in dieser Eigenschaft in gutem Glauben und als Veräusserer zu gleicher Zeit in schlechtem Glauben sein. Ist er aber als Veräusserer in gutem Glauben, so wird er meistens schon Eigenthümer infolge dieses guten Glaubens geworden sein; wo dieses letztere nicht der Fall ist,³⁶⁾ er aber dennoch im Glauben, selbst Eigenthümer zu sein und dadurch auch den Erwerber infolge der Tradition zum Eigenthümer zu machen, durch Besitzconstitut tradirt, muss im Hinblick darauf, dass das O. R. keine ausdrückliche dem entgegenstehende Bestimmung enthält,³⁷⁾ nach den bisher entwickelten Sätzen angenommen werden, dass der Erwerber auch hier Eigenthum erwirbt.

³⁶⁾ Diese Möglichkeit (man denke z. B. an den Fall, dass der Auctor des Tradenten seinerseits in wesentlichem Irrthum an den dies nicht bemerkenden jetzigen Tradenten tradirt hat) hat Carlin a. a. O. S. 116, Not. 397 übersehen, wenn er behauptet, dass bei dem Erwerb in gutem Glauben der Veräusserer immer in bösem Glauben sich befinden müsse.

³⁷⁾ Carlin a. a. O. S. 80. Not. 276 und Randa, Eigenthumsrecht I, S. 302 sind der Ansicht, dass auch nach dem O. R. beim Erwerb in gutem Glauben Besitzübergabe durch const. poss. nicht genüge; ersterer beruft sich zur Begründung seiner Ansicht auf Art. 221, Abs. 1 des E⁴, letzterer begründet seine Ansicht nicht weiter. Die Berufung auf E⁴ l. cit. scheint mir aber unzutreffend; der E⁴ hat bekanntlich trotz der anscheinend wider-

c) Erwirbt Jemand eine Sache im Namen eines Dritten, ohne von diesem hiezu bevollmächtigt zu sein, so ist klar, dass, da das Rechtsgeschäft für den Dritten erst wirksam wird, wenn er ratihabirt, dieser in gutem Glauben sein muss; es schadet ihm dann auch nicht eine etwaige Unredlichkeit des angeblichen Stellvertreters.

sprechenden Redaction das frz. System des Eigenthumübergangs durch formlosen Vertrag, denn seine Besitzübergabe ist soviel wie keine Besitzübergabe; nur für den Erwerb in gutem Glauben ist wirkliche Besitzübergabe erforderlich, daher die Cautel in Art. 221 cit. Das O. R. stellt aber als Princip das Erforderniss der Besitzübergabe auf, und rechnet hiezu in Art. 202 auch das Besitzconstitut. Ist demnach den Erfordernissen, die das Gesetz in Art. 202 für die Besitzübertragung durch const. poss. aufstellt, genügt, so muss diese Besitzübertragung auch für den Fall als solche gelten, dass Jemand in gutem Glauben vom Nichteigenthümer erwirbt. Die entgegenstehende Ansicht findet im Gesetz nirgends eine Stütze, die Zuziehung des Art. 221 des E⁴ zur Interpretation ist aber aus den erwähnten Gründen für unzulässig zu erachten.

§ 6.

Wirkung der Tradition.

Sofern den oben erörterten Erfordernissen einer gültigen Tradition (Handlungsfähigkeit, Consens, Besitzübergabe, guter Glaube des Erwerbers¹⁾ genügt ist, können folgende Wirkungen eintreten:

I. Der Erwerber erlangt Eigenthum und zwar ein von allen dinglichen Lasten freies Eigenthum, sofern sein guter Glaube auf der Unkenntniss mit jedwedem fremden Rechte an der Sache beruht. (Art. 205, 2.) Daraus ergiebt sich:

Sowohl das früher bestandene Eigenthum, wie jedes sonstige dingliche Recht dritter an der Sache erlöscht. Der neue Erwerber schlägt also mit der negativen *litis contestatio* die *rei vindicatio* des früheren Eigenthümers zurück,²⁾ und ebenso z. B. die Pfandklage des früheren Pfandbesitzers mit dem Einwand, dass dessen Pfandrecht durch den gutgläubigen Erwerb seitens des Beklagten erloschen sei.³⁾

Wie schon früher bemerkt, treten diese Rechtswirkungen nicht ein bei gestohlenen und verlorenen Sachen; der gutgläubige

¹⁾ Ich erwähne das Eigenthum des Veräusserers nicht, da es kein Erforderniss mehr ist; dass derjenige, der vom Eigenthümer erwirbt, an und für sich Eigenthümer wird, ob er glaube vom Eigenthümer zu erwerben oder nicht, bedarf wohl kaum der Erwähnung.

²⁾ Goldschmidt Hdbch. I, 2. S. 834.

³⁾ Dies letztere gilt natürlich auch dann, wenn Jemand vom Eigenthümer erworben hat, aber in Unkenntniss war mit einem an der Sache haftenden dinglichen Rechte.

Erwerber erwirbt dann entweder gar kein Eigenthum oder möglicherweise ein mit dinglichen Rechten belastetes z. B. mit Pfandrecht.⁴⁾

Es muss hier noch die Frage aufgeworfen werden, wie es sich verhalte, wenn nach Art. 210, 3 an Vieh ein Pfandrecht durch Eintragung in die öffentlichen Bücher bestellt worden ist, und solches Vieh nachher vom Pfandschuldner veräussert wird. Der neue Erwerber hat in gutem Glauben erworben, ohne Kenntniss des schon bestehenden Pfandrechts, sein freies Eigenthum collidirt aber mit dem Pfandrechte, das auf die publica fides der öffentlichen Bücher gestützt ist, sofern hier nach dem einschlägigen Kantonalrechte die Regel gilt, dass ein durch Bucheintrag entstandenes Recht nur durch Löschung im Buche untergehe.

Die Entwürfe hatten das Zugeständniss an die kantonale Gesetzgebung nicht; die Bestimmung kam erst in der Berathung der Bundesversammlung in das Gesetz.⁵⁾ Sie ist als Ausnahme von der allgemeinen Regel, dass ein Pfandrecht an Mobilien gültig nur als Faustpfand bestellt werden könne,⁶⁾ anzusehen. Der Eintragung in das öffentliche Buch ist nur die gleiche Wirkung beizulegen, wie der Uebergabe an den Gläubiger; es handelt sich also um eine ausnahmsweise Art der Constituirung des Pfandrechts. Nicht aber kann die Eintragung in das öffentliche Buch ein Pfandrecht constituiren, das stärker wäre, als das gewöhnliche Faustpfandrecht; insbesondere kann nicht die *præsumtio iuris et de iure* eintreten, dass das Pfandrecht bestehen

⁴⁾ Der Eigenthümer entwendet dem Faustpfandgläubiger seine diesem verpfändete Sache und veräussert sie. Auf den neuen Erwerber geht Eigenthum über, da er ja vom Eigenthümer erwirbt, das Pfandrecht aber bleibt bestehen, auch wenn der Erwerber von dessen Existenz nichts wusste. Vgl. hiezu *Comment. z. Art. 219, Note 2.* Laband in *Ztschr. f. H. R.* IX. S. 271 unter No. 3.

⁵⁾ *Comment. z. Art. 210, Note 7.*

⁶⁾ Art. 210, 1.

bleibe, bis die Eintragung im Buche wieder gelöscht ist. Eine solche Auslegung darf man dem 3. Satze des Art. 210 nicht zu Theil werden lassen. Vielmehr ist anzunehmen, dass der gutgläubige Erwerber des verpfändeten Stücks Vieh auch im vorliegenden Falle gemäss Art. 205 das freie Eigenthum erwirbt. Die Richtigkeit dieser Entscheidung ergibt sich auch aus einer analogen Anwendung des Art. 211, 2.

„Ist eine Sache in dieser Weise (d. h. nach den für Errichtung eines Immobiliarpfandes geltenden Formen) verpfändet, zugleich aber auch für eine andere Forderung als Faustpfand bestellt, so geht das letztere vor, sofern nicht der Faustpfandgläubiger bei der Verpfändung das Immobiliarpfandrecht gekannt hat oder nach den Umständen hätte kennen sollen.“

Was hier für das Faustpfand gilt, darf man unbedenklich auch auf den Erwerb zu Eigenthum anwenden; dieser letztere hat aber nach Art. 205 den Effect, dass dingliche Rechte an der Sache erlöschen.⁷⁾

II. Der Erwerber erwirbt das Eigenthum im Moment der perfecten Tradition. Die Frage, wann dieser Zeitpunkt eingetreten sei, kann besonders wichtig werden für die Fälle des Concurses, sei es des Tradenten, oder des Erwerbers. In der Regel wird die Tradition im Moment der Besitzübergabe perfect sein, jedenfalls nie früher, möglicherweise jedoch erst später; nämlich dann, wenn z. B. die Tradition eine bedingte war oder der Wille des Tradenten einen Mangel hatte.

1) Was den Fall der bedingten Tradition anbelangt, so kommt hier nur die Suspensivbedingung in Betracht, da bei einer resolutivbedingten Tradition das Eigenthum vom Erwerber sogleich mit dem Besitzübergang erworben wird. Für die Suspensivbedingung aber gilt, dass „für den Beginn ihrer Wirkungen derjenige Zeitpunkt massgebend ist, in welchem die Bedingung

⁷⁾ Vgl. auch Zürch. Gb. § 883. „In der Hand des Schuldners ist das verschriebene Pfand als anvertrautes Gut zu betrachten.“

in Erfüllung geht, sofern nicht auf eine andere Absicht der Parteien geschlossen werden muss⁸⁾ Sie hat also im Zweifel keine rückwirkende Kraft.⁹⁾ Der Empfänger erwirbt Eigenthum erst im Momente des Eintritts der Bedingung; bis dahin ist entweder der Tradent Eigenthümer geblieben, oder falls er es überhaupt nicht war, der dritte wirkliche Eigenthümer. Das oft vorkommende *pactum reservati domini*, Eigenthumsvorbehalt, kann sein, ist aber nicht nothwendig eine suspensiv bedingte Tradition.¹⁰⁾

Bekanntlich gilt gemeinrechtlich bei der Tradition auf Grund des Baarverkaufs, dass trotz erfolgter Tradition das Eigenthum nicht übergeht, bis der Kaufpreis bezahlt ist; sofern die Parteien nichts anderes verabredet haben, tritt diese Bestimmung als *ius dispositivum* ein; die Tradition ist dann ebenfalls eine suspensiv bedingte.¹¹⁾ Das O. R. hat nun in Art. 264 umgekehrt bestimmt, dass wenn der Kaufgegenstand vor geleisteter Zahlung in den Gewahrsam des Käufers übergegangen sei, der Verkäufer wegen Verzugs des Käufers nur dann von dem Vertrage zurücktreten und die übergebene Sache zurückfordern könne, wenn er sich dieses Recht ausdrücklich vorbehalten habe.¹²⁾ Dieser Vorbehalt kann aber in zweierlei bestehen: einmal wird durch denselben der Kauf bei Eintritt der Bedingung (Verzug

⁸⁾ Art. 171, pos 2. Es steht nichts im Wege, die Bestimmungen, die hier das O. R. nur im Hinblick auf den obligatorischen Vertrag aufstellt, auch auf den dinglichen Vertrag anzuwenden.

⁹⁾ Vgl. Comment. z. Art. 171, Not. 2a. Windscheid I. § 91, Not. 1. v. Wyss, Motive z. Entwurf v. 1877, S. 70.

¹⁰⁾ Vgl. Windscheid I. § 172, Not. 18 u. 18^a, der sich im Zweifel für die auflösende Bedingung ausspricht. Es scheint mir angemessener, mit Exner S. 57, Not. 29 und dem dort citirten Urtheil aus Seuffert die Frage als *questio facti* zu beurtheilen.

¹¹⁾ Ein von Rechtswegen eintretender Eigenthumsvorbehalt. Vgl. Exner S. 338 ff. Hoffmann, Periculum beim Kaufe. S. 170 ff.

¹²⁾ Vgl. Urtheil der Appellkammer des Obergerichts Zürich v. 4. Dez. 1883, in „Schweizerblätter für handelsrechtliche Entscheidungen“ vom 15. Dez. 1883. (Beschwerde gegen Erkenntniss d. Concursrichters.)

des Käufers) wieder rückgängig gemacht; für den Käufer entsteht dann die Verpflichtung zur Retrotradition, da das Eigenthum schon übergegangen war; oder der Verkäufer hat ausserdem noch einen Eigenthumsvorbehalt gemacht und dann ist unter einer Suspensivbedingung tradirt.¹³⁾

2. Ein zweiter Fall einer mit dem Moment der Besitzeinräumung noch nicht perfecten Tradition ist derjenige, in welchem der Erwerber auf Grund einer erzwungenen oder auf Betrug oder auch wesentlichem Irrthum des Tradenten beruhenden Tradition den Besitz erlangt hat. Das O. R. knüpft an alle drei Möglichkeiten die gleiche Wirkung, nämlich die relative Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Der Irrende, der Betrogene, der Gezwungene¹⁴⁾ ist nur gebunden, wenn er binnen Jahresfrist die Nichtigkeit nicht geltend macht.¹⁵⁾ Auf die Tradition angewendet heisst das: der Erwerber erlangt Eigenthum unter der Suspensivbedingung, dass der Tradent nachträglich nicht anfechte; eine solche nachträgliche Anfechtung ist aber von Rechtswegen nur während eines Jahres seit Entdeckung resp. Beseitigung des Irrthums und Betrugs, resp. Furcht zulässig.¹⁶⁾

III. Der Erwerb in gutem Glauben nach Art. 205 durchbricht den Satz des römischen Rechts: *Nemo ad alium plus iuris transferre potest, quam ipse habet*, die Grundregel für alle derivativen Erwerbsarten. Der Erwerber erwirbt durch seinen guten Glauben ein Recht, das sein Vorgänger gar nicht gehabt hat, er bringt es zur Entstehung. Demnach liegt ein originärer Eigenthumserwerb vor; er steht in Mitte zwischen dem Eigenthumserwerb durch Usucapion¹⁷⁾ und dem Eigenthumserwerb

¹³⁾ So auch Comment. z. Art. 264, Not. 2 u. 3. Vgl. noch Art. 269: sofern nicht ausdrücklich anders verabredet, ist die Tradition auf Grund des Kaufs auf Probe eine suspensiv bedingte, so lange noch nicht genehmigt ist.

¹⁴⁾ Selbstverständlich durch vis compulsiva.

¹⁵⁾ Art. 18, 24, 25, 26, 28.

¹⁶⁾ Vgl. Exner S. 294/95.

¹⁷⁾ Die französische Theorie von der prescription instantanée halte

durch Occupation, mit jener hat er zum Theil das Erforderniss des guten Glaubens, mit dieser den Erwerb ohne Ablauf irgend einer Frist gemein. Das O. R. anerkennt also auch einen originären Rechtserwerb durch Tradition bei Mobilien;¹⁸⁾ streng genommen, darf man in diesen Fällen nicht mehr von Eigenthumsübertragung durch Besitzübergabe sprechen, sondern von Eigenthumserwerb durch Besitzübertragung. In seiner Form stellt sich also dieser Rechtserwerb als ein derivativer dar, seinem Inhalt nach ist er ein originärer.¹⁹⁾ Es ist aber m. E. unrichtig, hier von einer Abschwächung des Eigenthumsbegriffes zu sprechen, als könnte überhaupt das Eigenthum an einem Mobile verschieden sein von dem Eigenthum an einem Immobile. Der Eigenthumsbegriff, wie ihn die Römer so consequent ausgebildet haben, ist und muss der gleiche bleiben; aus ihm geht die Folgerung der dinglichen Klage nicht kraft positiv römisch-rechtlicher Satzung, sondern kraft logischer Gründe hervor.²⁰⁾ Dagegen ist die Idee der blossen Succession in das Recht des auctors durch die von den Parteien vorgenommene Tradition positiv römisch und im modernen Recht auch kraft positiver Satzung durchbrochen. Nicht das Eigenthum ist begrifflich verändert worden, wohl aber sind die Bedingungen des Eigenthumserwerbs andere und in der Tendenz einer Verkehrsbegünstigung leichtere geworden.

ich auch mit Vogt II. S. 39 u. A. für eine juristische Unmöglichkeit; eine prescription kann eben nicht instantanée sein. Ebenso Carlin a. a. O. S. 103/108.

¹⁸⁾ So auch Goldschmidt Hdbch I. 2, S. 811, Note 28^a gegen Exner Tradition S. 66, Note 58, welch' letzterer diesen originären Eigenthumserwerb nicht zu den Traditionsfällen zählt, da die Tradition eine Form des abgeleiteten Rechtserwerbs sei.

¹⁹⁾ Dies gilt auch für den Fall, wenn Jemand vom Eigenthümer eine Sache in Unkenntniss der darauf haftenden dinglichen Rechte zu freiem Eigenthum erwirbt.

²⁰⁾ Carlin, dessen Abhandlung mir erst nach Fertigstellung meiner Arbeit bekannt wurde, stimmt auf Seite 120 u. 121 diesbezüglich mit mir vollständig überein.

Eigentumsverfolgung.

§ 7.

Zulässigkeit der Vindication.

Die Frage nach der Zulässigkeit der Vindication ist an und für sich identisch mit der Frage nach den Hindernissen des Eigentumserwerbs. In allen Fällen, in welchen Jemand das Eigentum an einer ihm tradirten Sache nicht erwirbt, erlöscht auch das Eigentum des früheren Besitzers nicht, es hat dieser demnach gegen den besitzenden Nichteigenthümer die dingliche Klage aus dem Eigentumsrecht auf Restitution der Sache. So ist es im römischen Recht, so ist es auch im modernen Recht. Eigentumserwerb und Eigentumsschutz sind correlative Begriffe; wo der Erwerb erleichtert wird, verstärkt sich auch die Möglichkeit des Verlustes, büsst auch die Vindication an quantitativer¹⁾ Ausdehnung ein. Das O. R. hat diese Consequenz im Ganzen ziemlich rein gezogen; im Uebrigen ist es Aufgabe der Wissenschaft und der Praxis, sie voll zur Geltung zu bringen auf dem Wege der Interpretation.

I. Wie wir oben gesehen haben, erwirbt in der Regel der gutgläubige Erwerber einer Sache das Eigentumsrecht, auch wenn der Veräusserer nicht Eigenthümer war (Art. 205). Doch sind vorbehalten die Bestimmungen über gestohlene oder verlorene Sachen. Für diese bestimmt Art. 206:

¹⁾ Juristisch gehört die Abschwächung der Vindication in qualitativer Hinsicht (z. B. Lösungspflicht) nicht hieher, vom politischen Standpunkte aus dient sie aber auch zum Schutz des gutgläubigen Verkehrs.

„Gestohlene oder verlorene Sachen können binnen fünf Jahren vom Tage des Abhandenkommens an gerechnet, jedem Inhaber abverlangt werden. Ist eine solche Sache an öffentlicher Steigerung, auf einem Markte, oder von einem Kaufmanne, welcher mit derartigen Waaren handelt, gutgläubig erworben worden, so muss sie nur gegen Vergütung des dafür bezahlten Preises herausgegeben werden.“

Das deutsche Handelsgesetzbuch nimmt in Art. 306, 1. 4, die gestohlenen und verlorenen Sachen ebenfalls von den Regeln über den gutgläubigen Erwerb aus, trifft aber für die Behandlung derselben keine Bestimmungen, sondern überlässt dies den Landesgesetzen. Unser Gesetz hat sich dementgegen dem code civil angeschlossen, der in Art. 2279, 1. 2 bestimmt:

„Néanmoins celui, qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve;“ und in Art. 2280:

„Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté.“²⁾

Diese Bestimmung hatte schon Munzinger in seinem Entwurfe zu einem schweiz. Handelsrecht Art. 234 (vgl. jedoch Art. 237: die Inhaberpapiere sind davon nicht berührt) aufgenommen,³⁾ und nachdem die Entwürfe von 1871, 1875 und 1877 sie eliminirt hatten, finden wir sie in Art. 223 des Entwurfs von 1879 wieder, und in Art. 225, 1 eod. auch auf Inhaberpapiere ausgedehnt; ausserdem war die Ausnahme von der Ausnahme in Art. 225, 2 noch dazu gekommen. Abgesehen von redactionellen Verschlechterungen erlitt der Entwurf im Schoosse der

²⁾ Man vgl. auch die Art. 708, 709, 2146 des codice civile italiano, von welchen die beiden ersten wörtlich dem C. N. entnommen sind.

³⁾ Vgl. seine Motive S. 227 und auch oben § 5, sub. II.

gesetzgebenden Rätthe nur eine kleine materielle Veränderung; auf Antrag der ständeräthlichen Commission, der auch die Commission des Nationalrathes beitrug, wurde die Frist für Anstellung der Vindication von 3 auf 5 Jahre verlängert.⁴⁾

A. Gestohlene oder verlorene Sachen können jedem Inhaber abverlangt werden, also sowohl dem gutgläubigen wie dem bösgläubigen.

Vor allem handelt es sich nun darum in Ermanglung einer gesetzlichen Präcisirung den Begriff der gestohlenen oder verlorenen Sachen genau abzugrenzen. Dabei müssen zwei Gesichtspunkte massgebend sein; einmal haben wir es hier zu thun mit einer Ausnahme von der Regel des Art. 205 und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen sind Ausnahmen stricte zu interpretiren; dann darf man aber nicht übersehen, dass die vorliegende Ausnahme nicht eine positive Bestimmung allein des O. R. ist, sondern in gleicher Weise sich in den meisten privatrechtlichen Codificationen vorfindet und auf altgermanische Grundlage zurück zu führen ist.⁵⁾ Im alten deutschen Rechte bilden aber die gestohlenen und verlorenen Sachen nur den wichtigsten Theil aller derjenigen Sachen, die vom Eigenthümer in dritter Hand auf Grund des Umstandes, dass sie nicht mit seinem Willen aus seinem Gewahrsam gekommen waren, verfolgt werden konnten. Wir kommen so zu dem nothgedrungenen Resultat, dass wir die Bestimmung für gestohlene und verlorene Sachen zwar analog auch auf verwandte Fälle ausdehnen müssen, aber in

⁴⁾ Vgl. Ständeräthl. Commissionalbericht v. 31. Mai 1880 in Bundesblatt 1880, III, S. 164 ff. Nationalräthl. Commissionalbericht v. Nov. 1880 in Bundesblatt 1881, I, S. 170. Carlin a. a. O. S. 79, Not. 273.

⁵⁾ Carlin, a. a. O., S. 79 ist der Ansicht, dass im O. R. der Begriff „gestohlene oder verlorene Sachen“ enger zu ziehen sei, als im deutschen Handelsgesetzbuche. Man müsse hier auf das französische Recht zurückgehen. Ist aber in diesem der Begriff etwa ein präciserer? Sind dort nicht noch mehr Controversen über den Umfang des streitigen Begriffs? Vgl. ebenda S. 62, Not. 219.

möglichst engem Rahmen, da wir es immerhin vom positivrechtlichen Standpunkt aus mit einem Ausnahmerechtssatz zu thun haben.

In der Litteratur über dieselbe Frage, die im deutschen Handelsrecht auf Grund des Art. 306, 4 HGb. aufgetaucht ist, gehen die Meinungen über den Umfang des Ausnahmesatzes auseinander. Goldschmidt⁶⁾ lässt die Ausnahme eintreten für „alle Sachen, deren Gewahrsam der Eigenthümer oder dessen Stellvertreter im Besitz unfreiwillig, d. i. wider oder ohne seinen Willen verloren hat. Dagegen will Hauser⁷⁾ es nicht darauf ankommen lassen, ob eine Sache freiwillig oder unfreiwillig aus dem Gewahrsam des Eigenthümers gekommen sei, sondern ihm ist allein entscheidend die äusserliche Thatsache der Hingabe (anvertrautes Gut), ob dieser Hingabe ein wirklicher Wille unterliege oder nicht, oder des Abhandenkommens (gestohlene oder verlorene Sachen). Nach Hauser würden also auch alle Fälle der Hingabe ohne einen dieser unterliegenden rechtlichen Willen nicht unter die Annahme des Art. 306, 4 fallen.⁸⁾ Zum gleichen Resultat, wie Hauser gelangt v. Hahn.⁹⁾ Er geht davon aus, dass der Ausnahmesatz des Art. 306, 4 HGb. als solcher eng zu interpretiren sei und die Beispiele Gestohlen- und Verlorensein dem demnächst höhern Begriff des Abhandenkommens ohne Thätigkeit des Eigenthümers zu subsumiren seien. Zu dem weiteren Begriff des Gelangens in fremde Detention ohne auf diesen Erfolg gerichteten freien Willen des Eigenthümers dürfe man nicht aufsteigen. Daher dürfe auch die Frage, ob der äusserlich durch die Uebertragung documentirte Wille frei, oder durch Zwang oder wesentlichen Irrthum bestimmt sei, nicht

⁶⁾ Ztschrft. für HR. IX, S. 11 ff., Hdbch I, 2, S. 820 ff. Ihm folgt Anschütz-Völderndorff, Comment. III, 8. 158/59.

⁷⁾ Archiv f. W. R. 264 ff.

⁸⁾ Vgl. was Goldschmidt, Hdbch. a. a. O. Not. 2 hiegegen einwendet.

⁹⁾ Comment. II zu Art. 306, § 12, S. 149.

aufgeworfen werden.¹⁰⁾ Es entspreche das dem Princip der Offenkundigkeit, das im Handelsrecht im Verhältniss zu Dritten so vielfältig zu Tage trete.¹¹⁾ So stehen für das deutsche Handelsrecht zwei Meinungen einander gegenüber, von welchen die eine das Eigenthum zu Ungunsten des gutgläubigen Verkehrs, die andere mehr den gutgläubigen Verkehr auf Kosten des Eigenthums schützen will. Auch in der französischen Litteratur und Praxis ist eine Uebereinstimmung nicht erzielt in Bezug auf die Tragweite der Ausnahme in Art. 2279, l. 2.¹²⁾

Es ist vorauszusehen, dass auch für das O. R. sich nicht sogleich eine übereinstimmende Auslegung der Beschränkung des gutgläubigen Eigenthumserwerbs herausbilden wird, und es wäre desshalb sehr wünschenswerth gewesen, wenn der Begriff der gestohlenen und verlorbenen Sachen von Gesetzes wegen genau präcisirt worden wäre. So wird wahrscheinlich in denjenigen Kantonen, in welchen bis dahin das rein römische oder das modificirte römische Recht gegolten hatte, die Tendenz eher dahin gehen, die Ausnahme des Art. 206 so weit wie möglich zu fassen, während anderseits die Kantone des französischen Rechts eine einschränkende Auslegung begünstigen werden.¹³⁾ Will man für das O. R. aus demselben selbst ein Princip für die Anwendung des Art. 206 aufstellen, so dürfte die Ansicht, die v. Hahn für das deutsche Handelsgesetzbuch entwickelt hat

¹⁰⁾ S. 150 eod.

¹¹⁾ Auch D e r n b u r g, preuss. P. R., 3. Aufl., Bd. I. § 189, Not. 13 sub. No. 9 will die Vindication nicht in so ausgedehntem Masse zulassen, wie Goldschmidt. Vgl. jetzt auch R a n d a, Eigenthumsrecht I, S. 310, Not. 31.

¹²⁾ Vgl. R e n a u d, Ztschrft. f. Rw. und Gg. des Auslandes XVII, S. 152 ff. Z a c h a r i a e § 215^a, Not. 9. M u m m in Ztschrft. f. franz. R. VII, S. 107, Not. 68 und 69.

¹³⁾ Um so unbegreiflicher erscheint daher das erste mir bekannt gewordene Urtheil eines schweizerischen Gerichts in dieser Frage, ein Urtheil der cour de cassation pénale des Kantons Waadt in Revue III, S. 35. Aus den Gründen: „Considérant que cette expression „choses volées“ doit être

und die analog für das O. R. verwendet werden kann, vor derjenigen Goldschmidts den Vorzug verdienen; sie entspricht mehr der Tendenz der modernen Codificationen, den gutgläubigen Verkehr auf Kosten des Eigenthums zu schützen.

Im Einzelnen mag noch bemerkt werden:

1. Gestohlene Sachen sind nicht nur solche, die dem Inhaber durch strafrechtlichen Diebstahl abhanden gekommen sind, sondern auch solche, welche ihm durch Raub entwendet wurden und durch Selbsthülfe. Hingegen gehören nicht unter die Ausnahme des Art. 206 Sachen, deren Gewahrsam durch Betrug oder Erpressung dem Eigenthümer verloren gieng.¹⁴⁾

2. Anderseits reicht der Begriff der gestohlenen Sache nicht so weit, wie nach römischem Recht der Begriff der *res furtiva*. Denn unter *furtum* verstehen die Römer nicht nur die wissentlich widerrechtliche Wegnahme einer fremden Sache aus fremder Gewahrsam, sondern überhaupt jede *contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia*, daher dann auch als *fur* behandelt wird, *qui sciens nummos indebitos accepit*.¹⁵⁾ Insbesondere aber gehören unterschlagene Sachen nicht zu den in Art. 206 erwähnten, da ja gerade an diesen die Lehre vom anvertrauten Gute ausgebildet wurde; Unterschlagung ist immer vorhanden, wenn der Veruntreuende die Sache in seinem Besitz oder Ge-

prise dans son acception la plus large (!) et que la revendication d'un objet volé doit être admise contre le tiers détenteur, même en cas d'escroquerie.

Que cette opinion est du reste corroborée par les documents, qui ont servi à l'élaboration du C. O., qui font rentrer l'escroquerie dans les choses perdues ou volées (??) dont parle l'art. 206 et qui, par contre, en excluent l'abus de confiance."

¹⁴⁾ So Hauser. A. M. Goldschmidt Hdbch. I. 2 S. 822, Note 6. Anschütz Comment. III. S. 159, Note 38. Endemann in seinem Handbuch II. S. 62, Note 85; Thöl I. 2. § 234 Nr. 4 stellt den gestohlenen Sachen nur die geraubten gleich, da er sich ebenfalls auf den Standpunkt einer strikten Auslegung der Ausnahme stellt.

¹⁵⁾ l. 18 D de cond. furt. 13. 1; l. 1 § 3 D de furtis 47, 2.

wahrsam hat und dieselbe sich rechtswidrig zueignet. Ist also z. B. eine Sache einem Dienstboten oder Handwerker zur Besorgung oder Bearbeitung überlassen worden,¹⁶⁾ so kann es im einzelnen Falle für die Frage, ob die betr. Sache vom Dienstboten oder Handwerker veruntreut oder gestohlen worden sei, nur darauf ankommen, ob der Eigenthümer die Gewahrsam mit seinem Willen aufgegeben habe oder nicht;¹⁷⁾ eine praesumptio iuris et de iure dafür, dass solche Sachen nicht als anvertrautes Gut gelten sollten, giebt es für das O. R. nicht mehr.

3. Keinen Unterschied macht es, ob eine Sache aus der Gewahrsam des Eigenthümers selbst gestohlen oder verloren worden sei, oder aus der Gewahrsam des Stellvertreters; im letzteren Falle muss die Entwendung gegen den Willen des Stellvertreters und den Willen des Eigenthümers geschehen sein.¹⁸⁾

B. Insoweit nun eine Sache zu den gestohlenen oder verlorenen Sachen des Art. 206 gehört, erwirbt auch der gutgläubige Erwerber an derselben kein Eigenthum; er ist der rei vindicatio des Eigenthümers an und für sich gerade so ausgesetzt, wie der bösgläubige Erwerber jeder beliebigen Sache. Indessen wird auch hier wieder der gutgläubige Erwerber unter bestimmten Umständen wirksam gegen die Klage des Eigenthümers geschützt. Es bestimmt Art. 206 pos. 2:

„Ist eine solche (gestohlene oder verlorne) Sache an öffentlicher Steigerung, auf einem Markt, oder von einem Kaufmann, welcher mit derartigen Waaren handelt, gutgläubig erworben worden, so muss sie nur gegen Vergütung des dafür bezahlten Preises herausgegeben werden.“¹⁹⁾ Der Schutz des gutgläubigen

¹⁶⁾ Man vgl. den jetzt nicht mehr gültigen § 653 des zürch. Gb.

¹⁷⁾ Vgl. Meyer, Lehrbuch d. deutschen Strafrechts 1. Aufl. S. 443, Not. 16, 17 und 18.

¹⁸⁾ Goldschmidt Ztschrft. IX. S. 12, Note 7 a. Es liegt sonst dann möglicher Weise Unterschlagung oder furtum possessionis (vgl. deutsches St. Gb. § 289) vor. Meyer a. a. O. S. 451, Note 2 und 3.

¹⁹⁾ Mz. E. Art. 234 und Motive S. 228, „mit diesem Satze ist der solide Verkehr am allerwirksamsten geschützt.“

Besitzers besteht also in der unter bestimmten Voraussetzungen dem vindicirenden Eigenthümer obliegenden Lösungspflicht.²⁰⁾

Dieser Voraussetzungen sind zweierlei:

1. Die gestohlene oder verlorene Sache muss gutgläubig erworben worden sein, d. h. der Erwerber muss sich in einer wenigstens nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntniss von der Existenz des fremden Eigenthums an der Sache befunden haben.²¹⁾ Die Frage, ob der beklagte Besitzer selbst gutgläubig erworben haben müsse, oder ob er sich auch auf den gutgläubigen Erwerb eines Rechtsvorfahrs berufen könne, ist im Gesetz nicht ausdrücklich entschieden; dass aber das letztere zulässig ist, ergibt sich aus der Natur der Sache und wie der Commentar meint,²²⁾ aus der allgemeinen Fassung des Gesetzes, „ist eine solche Sache gutgläubig erworben worden.“

Ausserdem mag noch darauf hingewiesen werden, dass der Entwurf von 1879 in Art. 223, pos. 2 ausdrücklich den gutgläubigen Erwerb seitens des Rechtsvorfahrs aufgenommen hat; hätte aber das Gesetz, das aus den Berathungen über diesen Entwurf hervorgegangen ist, die Berufung auf den gutgläubigen Erwerb seitens eines Rechtsvorfahrs ausschliessen wollen, so hätte es sich anders ausdrücken müssen.

2) Die gestohlene oder verlorne Sache muss entweder an öffentlicher Steigerung, oder auf einem Markte, oder von einem Kaufmann, welcher mit derartigen Waaren handelt, erworben sein.

Diese drei gleichwerthigen Bestimmungen verlangen eine gewisse Publicität²³⁾ des Erwerbs; sie beschränken mithin die

²⁰⁾ Das preussische Monitum Nr. 375 zum Entwurfe 2. Lesung des deutschen HGB. schlug eine ähnliche Bestimmung für die Behandlung der gestohlenen und verlorne Sachen vor.

²¹⁾ Vgl. oben § 5, II, sub B, 1.

²²⁾ Comment. z. Art. 206, Note 1. Vgl. auch Hafner. Anmerk. z. Art. 206, Note 7.

²³⁾ Dies trifft auch für die 3. Möglichkeit zu, obwohl man den Aus-

Möglichkeiten des gutgläubigen Erwerbs, nicht aber verändern sie die Natur des guten Glaubens selbst. An und für sich ist ja sehr leicht denkbar, dass Jemand, auch wenn er nicht an einer öffentlichen Steigerung, nicht auf einem Markte oder nicht von einem Kaufmann, welcher mit derartigen Waaren handelt, die gestohlene oder verlorene Sache erwirbt, dennoch im besten Glauben erwirbt. Allein das Gesetz geht von der Anschauung aus, dass sehr oft gestohlene oder durch Fundunterschlagung in unredliche Hände gekommene Sachen auf heimlichem Wege circuliren, und dass der Stehler leider nur zu leicht einen Hehler findet. Dadurch, dass neben dem guten Glauben noch eine gewisse Publicität des Erwerbs verlangt wird, um die Lösungspflicht des vindicirenden Eigenthümers herbeizuführen, soll entweder die Circulation solcher Sachen erschwert, oder anderseits dem Eigenthümer ermöglicht werden, wieder zu seiner Sache zu kommen. ²⁴⁾

Im Einzelnen ist noch zu bemerken:

a) Oeffentliche Steigerung²⁵⁾ ist eine jede unter der Controle einer Behörde abgehaltene Steigerung, sei sie von der Behörde selbst (z. B. Concurssteigerung) oder von einem privaten Versteigerer abgehalten (freiwillige Versteigerung).

b) Was Erwerb auf dem Markte²⁶⁾ sei, wird im einzelnen Falle wohl kaum einem Zweifel unterliegen können. Dagegen wird man unter dem „Kaufmann, der mit derartigen Waaren

druck „Publicität“ hier etwas kühn finden könnte. Der ital. Text des Art. 206 spricht übrigens geradezu von „publico spaccio.“

²⁴⁾ Uebrigens sind die erwähnten Bestimmungen schon lediglich durch die Rücksicht auf die Sicherheit des ordentlichen Verkehrs zu motiviren.

²⁵⁾ Code civil: vente publique, codice civile vendita pubblica. Ebenso ALR. I. 15, § 42. österr. bürgerl. Gb. § 367. Exner S. 67. Zürich. Gb. § 655 und Bluntschli's Commentar Not. 2, „öffentliche und amtlich geleitete Versteigerungen.“ Mz. E. 234. A. M. Dernburg preuss. PR. 3. Aufl. I. S. 444, Note 6.

²⁶⁾ Mz. E. Art. 234 „auf einem Markt oder auf einer Messe,“ E⁴ Art. 223 „auf öffentlichem Markte.“

handelt,“ nicht nur den Kaufmann, der „in einem ständigen und offenen Magazin“²⁷⁾ verkauft, verstehen, sondern auch z. B. den patentirten Hausirer, sofern er nur „mit derartigen Waaren handelt.“²⁸⁾

Damit nun der beklagte Besitzer die Lösungspflicht des vindicirenden Eigenthümers geltend machen könne, ist erforderlich, dass er oder sein Rechtsvorfahr unter den besonderen objectiven Umständen die betr. Sache in gutem Glauben erworben habe. Auch hier muss, wie beim Eigenthumserwerb (vgl. oben § 5, II sub B. 2, i. f.), angenommen werden, dass mala fides superveniens nicht schadet. Denn der Umstand, dass nach erfolgtem gutgläubigen Erwerb auf dem Markte etc. der Erwerber Kenntniss von der Furtivität der erworbenen Sache erlangt, kann nicht rückwärts die Thatsache resolviren, dass er die Sache wirklich gutgläubig unter den besonderen Erfordernissen erworben habe. Daraus ergibt sich aber m. E. mit Consequenz, dass der beklagte Besitzer, sofern er sich auf einen Rechtsvorfahren beruft, der die Sache auf dem Markte b. f. erworben, neben dem gutgläubigen Erwerb dieses letztern nicht noch seinen eigenen gutgläubigen Erwerb beweisen muss, dass er m. a. W. wohl Kenntniss von der Furtivität der Sache haben kann, wenn er nur weiss, dass sein Rechtsvorfahr selbst die Sache in gutem Glauben und

²⁷⁾ So Mz. E. Art. 234 und Motive S. 228.

²⁸⁾ Von diesem ist wohl zu unterscheiden derjenige, der selbst in der Regel nicht von einem Kaufmann, „der mit derartigen Waaren“ handelt, seine Waare kauft, wie z. B. der Trödler, Feilträger, vgl. Comment. z. Art. 206, Note 5. Randa, Eigenthumsrecht, I. S. 302, Note 13 hält auch den Trödler für einen „Kaufmann, der mit derartigen Waaren handelt.“ Dies dürfte jedoch schwerlich die Meinung des Gesetzes sein. Man wollte mit der betr. Bestimmung, die allerdings hätte präciser gefasst sein können, gerade diejenigen ausschliessen, die heute dies, morgen jenes verkaufen, gerade wie ihnen der Zufall eine Waare zuführt, ohne ihren Gewerbebetrieb auf einen bestimmten Kreis von Waaren (d. i. die „derartigen Waaren“ des Gesetzes) zu begrenzen. Es dürfte daher auch nicht ganz zweifellos sein, ob nicht auch der Antiquar dem Trödler gleich zu stellen sei.

auf dem Markte etc. erworben hat.²⁹⁾ Dagegen kann ihm in letzterer Beziehung ein Irrthum nicht helfen, obgleich derselbe bona fides begründen könnte, denn damit die Voraussetzungen des Art. 206, l. 2 zutreffen, muss gutgläubiger Erwerb und Erwerb auf dem Markte in einem Acte zusammentreffen, sei es nun, dass ein Rechtsvorfahr des Beklagten so erworben habe oder der Beklagte selbst.

Was die Lösungspflicht des vindicirenden Eigenthümers anlangt, so sagt das Gesetz, dass die betreffende Sache nur gegen Vergütung des dafür bezahlten Preises herausgegeben werden müsse. Hat der beklagte Besitzer die Sache selbst auf dem Markte etc. in gutem Glauben erworben, so kann er die Vergütung nur des Preises verlangen, den er selbst bezahlt hat.³⁰⁾ Zweifelhaft kann aber sein, welchen Preis er verlangen darf, wenn nicht er selbst, sondern ein Rechtsvorfahr die Sache unter den bestimmten Voraussetzungen erworben hat. Die Frage kann von grosser practischer Bedeutung werden, wenn die Sache durch mehrere Hände hindurch gegangen ist, seit sie in gutem Glauben und auf dem Markte etc. erworben worden; da ist es sehr gut möglich, dass zwischen dem Preis, den der betr. Rechtsvorfahr und demjenigen, den der beklagte Besitzer selbst bezahlt hat, eine grosse Differenz besteht, sei es, dass die Waare an Werth gewonnen oder verloren hat, man denke z. B. an die oft grossen Cursschwankungen bei Inhaberpapieren. Zur Entscheidung dieser

²⁹⁾ Dabei ist aber wohl zu beachten, dass in diesem Fall der Rechtsnachfolger nur soweit in gutem Glauben ist, als sein Rechtsvorfahr selbst ein Recht erworben und auf den Rechtsnachfolger übertragen hat; er kann also nur das Retentionsrecht seines Auctors geltend machen und auch nur in dem Umfange, als dieser dazu berechtigt war. Vgl. hiez u noch Note 31.

³⁰⁾ Dies sagen ausdrücklich C. c. Art. 2280 und Codice civ. Art. 709: „le prix qu'elle lui a coûté;“ „il prezzo che gli è costata“; da beide Gesetzbücher nur den Fall im Auge haben, in welchem der beklagte Besitzer selbst die Sache gutgläubig auf dem Markte etc. erworben hat. Ebenso Mz. E. Art. 234.

Frage bietet das Gesetz selbst leider keinen bestimmten Anhalt; es spricht allgemein von der Vergütung des für die Sache bezahlten Preises. Unter den möglichen Combinationen ist vorerst eine als unzulässig auszuschneiden, nämlich die, dass der Besitzer zwischen den beiden Preisen wählen dürfe; durch eine solche Entscheidung würde in vielen Fällen die Vindication des Eigenthümers geradezu illusorisch; anderseits vermag sie den Besitzer auch noch nicht in allen Fällen zu schützen. Vielmehr muss davon ausgegangen werden, dass das Gesetz dem Besitzer nur ein gewisses Mass von Schadloshaltung zuspricht und zwar soll er durch den Erwerb der vindicablen Sache direct keine Vermögenseinbusse erleiden; ist dies richtig, so kann für die Höhe der Lösungspflicht des Eigenthümers allein der Preis massgebend sein, den der beklagte Besitzer selbst bezahlt hat.³¹⁾ Ist dem Besitzer die Sache geschenkt worden, so hat er demnach keine Vergütung zu verlangen;³²⁾ hat er sie als Erbe erlangt, so darf er den Preis verlangen, den sein Erblasser bezahlt hat, da er die Persönlichkeit des Erblassers fortsetzt. Die entgegengesetzte Entscheidung, wonach der beklagte Besitzer den Preis verlangen dürfe, den sein Rechtsvorfahr bei dem gutgläubigen Erwerb auf dem Markte etc. bezahlt hat, würde m. E. zu unhaltbaren Consequenzen führen, nicht nur wäre bei steigendem Werthe der Sache und dementsprechend höherem Kaufpreise jeder Nachfolger des betr. Erwerbers durch Anhebung der Vindication durch den

³¹⁾ Nach dem bei Not. 29 Gesagten kann indess, wenn der beklagte Besitzer bei Ankauf der Sache die Furtivität derselben kannte, er nur den Preis verlangen, den sein gutgläubiger Rechtsvorfahr dafür bezahlt hat; m. a. W. mehr, als was sein gutgläubiger Rechtsvorfahr bezahlt hat, kann er nur verlangen, wenn er auch bezüglich dieses plus in gutem Glauben war.

³²⁾ Man vgl. hiemit die Bestimmung in Art. 208, Abs. 2, wonach die Vindication bei Inhaberpapieren, die im gutem Glauben aus Ländern erworben wurden, deren Gesetzgebung die Eigenthumsklage nicht zulässt, ausgeschlossen ist, sofern entgeltlicher Erwerb vorliegt. Bluntschli, Comment. z. zürch. Gb., Art. 652, Not. 3.

Eigenthümer einer directen Vermögenseinbusse ausgesetzt, insofern er mehr bezahlt hat als er vom Vindicanten verlangen darf, sondern er würde auch andererseits, wenn er weniger bezahlt hat als sein betr. Rechtsvorfahr, einen unberechtigten Gewinn einheimsen im Falle, dass der Eigenthümer sich zur Lösung verstände. Die hier vorgetragene Ansicht stimmt auch überein mit der Fassung des Art. 223 des Entwurfs von 1879, der auch für den Fall, dass ein Rechtsvorfahr des beklagten Besitzers die Sache unter den bestimmten Voraussetzungen erworben hatte, vom Eigenthümer Ersatz des Preises, den der Besitzer dafür bezahlt hat, verlangte.³³⁾

Somit stellt sich das Recht des beklagten Besitzers dar als ein sei es derivativ oder originär erworbenes Recht auf Ersatz des vom Besitzer bezahlten Preises durch den vindicirenden Eigenthümer.³⁴⁾ Der Eigenthümer muss demnach nur den Preis herausgeben, daneben kann allerdings der Besitzer noch Ansprüche gegen ihn wegen Verwendungen auf die Sache haben. Für allen übrigen Schaden kann aber der Besitzer sich nur auf seinem auctor erholen.³⁵⁾

C. Eine weitere Beschränkung der Vindication gegen den gutgläubigen Erwerber liegt darin, dass der Eigenthümer ihm die gestohlene oder verlorene Sache nur während 5 Jahren abverlangen darf. Die Frist läuft vom Tage des Abhandenkommens an. Der Entwurf von 1879 hatte in Anlehnung an den Code

³³⁾ Auch der franz. Text des O. R. drückt sich deutlicher als der deutsche Text aus, wenn gleich auch aus seinem Wortlaut unser Resultat sich nicht direct ergibt.

³⁴⁾ Es ist dies ein Retentionsrecht im Sinne des gemeinen R.; das wird wohl auch die Meinung von Hafner sein in Not. 8 z. Art. 206, obgleich er durch die Verweisung auf Art. 224 ein Retentionsrecht im Sinne des O. R. (Art. 224—228) anzunehmen scheint, was unrichtig wäre. Vgl. Laband, Ztschrft. f. H. R. IX, S. 426 und 484.

³⁵⁾ Hafner, a. a. O., Not. 9 und 10. Comment. z. Art. 206, Not. 4.

civil die Frist nur auf 3 Jahre festgesetzt,³⁶⁾ sie wurde dann in den gesetzgebenden Räthen auf 5 Jahre verlängert.³⁷⁾

Durch die Zulässigkeit der Vindication während dieses Zeitraums greift nun, was die verlorenen Sachen anbetrifft, das O. R. ziemlich bedeutend ein in diejenigen kantonalen Bestimmungen, nach welchen an gefundenen Sachen unter bestimmten Voraussetzungen vom Finder Eigenthum erworben wird, wie dies z. B. zulässig ist nach zürch. Gb. Art. 626—630. Dass alle diese Bestimmungen soweit sie dem O. R. entgegenstehen, aufgehoben sind, kann keinem Zweifel unterliegen;³⁸⁾ während der 5 Jahre seit Verlust der Sache steht der Vindication derselben durch den Eigenthümer rechtlich nichts im Wege.³⁹⁾ Eine andere Frage aber wird mit voller Berechtigung von Hafner a. a. O., Not. 4 aufgeworfen, was für ein Recht nämlich der gutgläubige Erwerber nach Ablauf der 5 Jahre erwerbe? Ob er nur gegen die Vindication des ursprünglichen Eigenthümers geschützt sei oder ob er selbst Eigenthümer werde? Hafner entscheidet sich hiebei auf Grund des Wortlauts des Gesetzes für die erste Alternative. Ich kann diese Ansicht nicht theilen.⁴⁰⁾ Ziehen wir die Consequenzen derselben, so kommen wir zu dem Resultat, dass ein Rechtsnachfolger des gutgläubigen Besitzers, der die Sache nach Ablauf der 5 Jahre von diesem erworben hat, der Vindication des ursprünglichen Eigenthümers ausgesetzt ist, wenn er beim Erwerb weiss, dass die betr. Sache einmal dem Eigenthümer abhanden gekommen war. Er weiss aber doch auch zu

³⁶⁾ Der Codice civile ital. Art. 2146 lässt die Vindication sogar nur während 2 Jahren zu. Mz. E. hatte wie code civil 3 Jahre.

³⁷⁾ S. diesen § unter I vor A.

³⁸⁾ Comment. z. Art. 206, Not. 3. Hafner a. a. O., Not. 2.

³⁹⁾ Das gleiche gilt von einer etwa zulässigen Ersitzung gestohlener Sachen in einer kürzeren Frist als 5 Jahre. Vgl. zürch. Gb. § 642 und § 645.

⁴⁰⁾ Gegen Hafner wendet sich auch Affolter in Ztschrft. des bern. Juristenvereins Bd. XIX, S. 254.

gleicher Zeit, dass sein Auctor gegen die Vindication des Eigenthümers geschützt ist, weil derselbe beim Erwerb in gutem Glauben war und seit dem Abhandenkommen der Sache mehr als 5 Jahre verflossen sind. Dieser Schutz ist aber nur Folge eines Rechts, das der Auctor durch seinen eigenen gutgläubigen Erwerb in Verbindung mit der Thatsache, dass mehr denn 5 Jahre vergangen sind seit Verlust der Sache, erlangt hat, und das er durch Veräusserung der Sache auf seinen Rechtsnachfolger überträgt.⁴¹⁾ Erwirbt aber der Rechtsnachfolger dieses Recht, so kann er es dem vindicirenden Eigenthümer entgegen halten, auch wenn dieser beweisen sollte, dass der Erwerber von dem einstigen Abhandenkommen wusste.⁴²⁾ Dieses Recht ist nichts anderes als das Eigenthumsrecht. Wer demnach die Sache als eine in gutem Glauben erworbene nach Verfluss von 5 Jahren seit Abhandenkommen derselben besitzt, ist Eigenthümer.⁴³⁾ M. E. ist der Vorgang so zu construiren: Das vitium der Furtivität einer Sache ist ein Hinderniss für den Eigenthumserwerb in gutem Glauben; nach Ablauf von 5 Jahren fällt das Hinderniss hinweg, das vitium wird als geheilt betrachtet. Daher erlangt Jemand, der nach Verfluss der 5 Jahre die Sache von einem bösgläubigen Besitzer in gutem Glauben erwirbt, ebenso Eigenthum, wie derjenige, welcher die Sache in gutem Glauben erworben und wäh-

⁴¹⁾ Die Sachlage ist ganz analog dem gutgläubigen Erwerb auf dem Markte etc. Vgl. oben sub. *B* 1 und 2. Wenn aber Hafner dort Uebertragung des Lösungsrechtes auf den Rechtsnachfolger annahm, so sollte er consequent auch hier Uebertragung der Ausschliessung der Vindication annehmen.

⁴²⁾ Die Sache ist ganz analog dem gutgläubigen Erwerb einer nicht gestohlenen noch verlorenen Sache. Vgl. oben § 5, II, sub. *B*, 2, i. f.

⁴³⁾ Für das franz. Recht stellen Renaud, Ztschrft. für RW. und Gg. des Auslandes XVII, S. 158 und Zachariae, Hdbch. I, § 215^a, Not. 10 die Behauptung auf, dass die drei Jahre weder von einer Ersitzung noch Verjährung zu verstehen seien, sondern eine Frist für Anstellung der Klage setzen; das Gesetz nehme keine Rücksicht auf guten oder bösen Glauben des Besitzers.

rend 5 Jahren besessen⁴⁴⁾ hat. Es liegt also kein Eigenthums-
erwerb durch Usucapion vor,⁴⁵⁾ aber auch keine Klagverjährung;
denn der Eigenthümer hat die rei vindicatio so lange er überhaupt
Eigenthümer ist, bis also ein Dritter an der Sache Eigenthum
erworben hat. Dieser Eigenthumserwerb durch einen Dritten
fällt aber nicht nothwendig mit dem Ablauf der 5 Jahre zu-
sammen. Auch an eine Frist zur Klageanstellung im Sinne
Zachariaes (vgl. vorige Note) ist nicht zu denken, denn einmal
kann der Eigenthümer gegen den böswilligen Erwerber
auch nach Verlauf der 5 Jahre mit der Vindication durchdringen
(Art. 207), woraus sich anderseits von selbst ergibt, dass von
einer Abweisung der Klage, weil erst nach 5 Jahren angestellt,
von amtswegen keine Rede sein kann. Mir will überhaupt als
das einzig richtige erscheinen, bei Beurtheilung aller bezüglich
der Vindication auftauchenden Fragen sich auf den Standpunkt
des Erwerbers zu stellen und zu fragen: hat der Besitzer Eigen-
thum erworben? wenn ja, dann ist das frühere Eigenthum er-
loschen, wenn nein, dann besteht das frühere Eigenthum noch
und der Eigenthümer kann vindiciren. Nimmt man aber an,
dass gegen den Einen die Vindication ausgeschlossen, gegen
einen Andern zulässig sei, lässt in beiden Fällen aber denselben
früheren Besitzer Eigenthümer bleiben, so kommt man zu dem
zwitterhaften Resultat, dass Jemand zwar Eigenthümer ist, aber
keine Klage zum Schutze desselben hat, der Andere zwar in
seinem Besitze vollständig geschützt ist, aber selbst nicht Eigen-
thümer ist, also seinerseits auch wieder keine Eigenthums-
klage hat.

D. Endlich schliesst Art. 208 dem gutgläubigen Erwerber
gegenüber den Eigenthumsanspruch vollständig aus: Bei Bank-

⁴⁴⁾ Die Meinung Affolters a. a. O., S. 254/55, dass der gute Glaube
die ganze Zeit hindurch vorhanden sein müsse, ist nach dem bisher Ausge-
führten unzutreffend.

⁴⁵⁾ A. M., aber m. E. unrichtig V o g t, zur Einbürgerung des O. R.
II, S. 39, s. v. Usucapion c.

noten und verfallenen Coupons, bei Inhaberpapieren, welche gegen Entgelt und in gutem Glauben aus Ländern erworben wurden, deren Gesetzgebung die Eigenthumsklage nicht zulässt.

Bekanntlich wurde diese Bestimmung erst in den Entwurf von 1879 Art. 225, 2 aufgenommen; sie ist eine Ausnahme von der Ausnahme in Art. 206. Gegenüber den Entwürfen von 1871, 1875 und 1877, die für gestohlene und verlorene Sachen keine Ausnahme gemacht hatten, wurde betont,⁴⁶⁾ dass jedenfalls, wenn man die Ausnahme doch aufnehmen wolle, kein innerer Grund vorhanden sei, dieselbe nicht auch für Inhaberpapiere eintreten zu lassen, wie das z. B. das H. Gb. Art. 307 gethan hatte. Inhaberpapiere bildeten heutzutage einen sehr beträchtlichen Theil des Mobiliarvermögens, und wenn dasselbe einmal gegen Diebstahl und Verlust geschützt werden sollte, so sei nicht einzusehen, warum dieser Schutz nur einem Theil desselben zu Gute kommen sollte und nicht auch dem andern in Inhaberpapieren angelegten. So entschied man sich denn für eine gleichmässige Behandlung der beweglichen Sachen mit den Inhaberpapieren. Andererseits machte sich aber das Bedürfniss geltend, dennoch für einige Arten der Inhaberpapiere, die ihrer Natur nach bestimmt seien, wie Geld zu circuliren, die Bestimmung des H. Gb. Art. 307 zu adoptiren; und im Interesse des schweizerischen Verkehrs mit Ländern, in welchen das Princip des H. Gb. Anwendung findet, wurde die Unterausnahme auch noch auf Inhaberpapiere erstreckt, die in gutem Glauben und gegen Entgelt aus solchen Ländern erworben wurden.⁴⁷⁾ Der Eigenthumsanspruch ist bei allen diesen Inhaberpapieren nur

⁴⁶⁾ Vgl. Botschaft S. 56 u. 58.

⁴⁷⁾ Comment. z. Art. 208, Not. 3. „Wer also Gotthardobligationen in Deutschland gekauft hat und sich in gutem Glauben hat liefern lassen, kann nicht auf Herausgabe derselben belangt werden, auch wenn sie gestohlen oder gefunden worden sind. Man kann demgemäss solche Papiere getrost und gefahrlos in Deutschland oder Oesterreich kaufen, nicht aber in der Schweiz.“

dem gutgläubigen Erwerber gegenüber ausgeschlossen; dieser erlangt durch den Erwerb in gutem Glauben Eigenthum an der Sache. Somit wäre der Erwerb ganz nach Art. 205 zu beurtheilen. Allein da der Art. 208 seiner systematischen Stellung nach einen Ausnahmesatz darstellt, so ist vorerst daran festzuhalten, dass eine analoge Anwendung seiner Bestimmungen überall ausgeschlossen ist.

1. Für die Frage, ob ein Coupon verfallen ist oder nicht, kann m. E. nicht massgebend sein der Zeitpunkt des Abhandenkommens, sondern allein der Zeitpunkt des gutgläubigen Erwerbs, durch den Besitzer. Auch hier muss das gleiche gelten wie beim Erwerb in gutem Glauben und auf dem Markte etc.; subjectives (guter Glaube) und objectives Moment (Verfallensein des Coupon) müssen in einem Acte zusammentreffen. Ist also der Coupon vor Verfall dem Eigenthümer abhanden gekommen, so erlangt derjenige, welcher zuerst den Coupon nach Verfall und in gutem Glauben erwirbt, Eigenthum daran und überträgt dasselbe auf seinen Rechtsnachfolger.

2. Bezüglich der Inhaberpapiere, die aus Ländern erworben worden, deren Gesetzgebung die Vindication nicht zulässt, hat das O. R. ausser dem guten Glauben noch ein anderes Erforderniss (in Abweichung von den Regeln der Art. 199 und 205) aufgestellt, nämlich den entgeltlichen Erwerb. Dieser kommt auch im österr. bürgerlichen Gb. § 367 als Voraussetzung neben dem guten Glauben für den Erwerb vom Nichteigenthümer vor. Das Erforderniss stammt offenbar aus dem früheren Recht der Vindicationsbeschränkung durch Lösungspflicht.⁴⁸⁾ Seine Aufstellung in Art. 208 ist aber vom Standpunkt, den das O. R. überhaupt in der Frage vom gutgläubigen Erwerb eingenommen hat, nicht zu billigen; damit kommt man zu dem Resultate, dass in dem Falle des Art. 208 der Eigenthumserwerbsvertrag in

⁴⁸⁾ Man vergl. z. B. zürch. Gb. § 652 und auch oben Art. 206, 2 des O. R.

seiner Gültigkeit abhängig gemacht wird von der Natur des unterliegenden obligatorischen Vertrags; die Tradition ist in ihrer Existenz bedingt durch die Entgeltlichkeit des vorhandenen obligatorischen Rechtsgeschäftes. Es ist m. E. nicht einzusehen, warum, wenn ein objectives Hinderniss überhaupt nicht im Wege steht, derjenige, der irrthümlich eine Sache vom Eigenthümer geschenkt zu erhalten glaubt, nicht gleich behandelt werde, wie derjenige, der irrthümlich eine Sache vom Eigenthümer gekauft zu haben glaubt, warum der erstere kein Eigenthum erwerbe, dagegen der letztere. Dies vom rein juristischen Standpunkt.⁴⁹⁾ Im Leben wird sich diese verschiedene Behandlung weniger fühlbar machen.

Entgeltlicher Erwerb ist jeder Erwerb, der gemacht wird auf Grund contractlich bedingener Gegenleistung (zu erfolgender oder schon erfolgter) des Erwerbers.⁵⁰⁾ Inwieweit eine solche Gegenleistung wirkliche Leistung, also Entgelt, sei, oder nur Scheinleistung, ist Sache des Richters festzustellen.

Irrelevant ist, in welchem Lande das Inhaberpapier dem früheren Eigenthümer abhanden gekommen ist; hingegen muss dasselbe entweder vom Besitzer oder einem seiner Rechtsvorfahren aus dem Lande, in welchem die Vindication ausgeschlossen ist,⁵¹⁾ gutgläubig und gegen Entgelt erworben worden sein; nothwendig ist wiederum das Zusammentreffen des subjectiven und der beiden objectiven Erfordernisse in einem Acte, damit hat dann der Erwerber Eigenthum erlangt, das er auf seine Rechtsnachfolger überträgt.⁵²⁾

II. Da der bösgläubige Erwerber überall vom Nichteigen-

⁴⁹⁾ Andererseits ist zuzugeben, dass bei lucrativem Erwerb das Bedürfniss der Verkehrssicherheit nicht in dem Masse vorhanden ist, wie bei onerosem Erwerb, was eine verschiedene Behandlung der beiden Erwerbsarten rechtfertigen mag.

⁵⁰⁾ Vgl. für das österr. R., Exner, Tradition S. 70 und 71.

⁵¹⁾ Es sind dies das deutsche Reich und Oesterreich.

⁵²⁾ Ob entgeltlich oder unentgeltlich ist dann ohne Bedeutung.

thümer kein Eigenthum erlangt, so ergibt sich von selbst, dass gegen ihn die Eigenthumsklage des wirklichen Eigenthümers stets⁵³⁾ anstellbar ist. Es sagt hierüber der Art. 207:

„Der bösgläubige Erwerber muss die Sache stets herausgeben, oder wenn er sich derselben entäussert hat, ihren Werth ersetzen und auch für jede durch seine Schuld herbeigeführte Werthverminderung haften; weitergehende Ansprüche auf Schadenersatz gegen ihn bleiben vorbehalten.“

Dieser Art. gibt dem Eigenthümer gegen den bösgläubigen Erwerber zwei verschiedene Ansprüche, einen aus dem Eigenthumsrecht und den andern aus einer eventuellen widerrechtlichen Handlung des Erwerbers. Für uns kommt nur der erstere in Betracht.⁵⁴⁾ Sofern nun der beklagte Besitzer nicht in gutem Glauben war beim Erwerb der Sache, ist er als bösgläubig zu betrachten, und für den Eigenthumsanspruch kommt es nicht darauf an, ob der Mangel des guten Glaubens in der Person des Besitzers auf Arglist oder grober Fahrlässigkeit beruhe. Aus dem früher gesagten ergibt sich ebenfalls, dass der Eigenthümer beim bösgläubigen Besitzer nicht nur gestohlene oder verlorene Sachen, sondern eine jede beliebige Sache, die ihm z. B. auch durch Irrthum, Vertrauensmissbrauch abhanden gekommen war, vindiciren kann. Auch die Inhaberpapiere des Art. 208 kann er vindiciren, vorausgesetzt, dass ihm der Eigenthumsbeweis gelingt, was z. B. bei Banknoten practische Schwierigkeiten haben dürfte. Der bösgläubige Erwerber haftet als *fictus possessor*; wenn er sich des Besitzes entäussert hat, so wird für

⁵³⁾ Comment. z. Art. 207, Not. 2 sagt: „gegen ihn verjährt also die Eigenthumsklage nicht.“ Sie verjährt ja aber auch nicht gegen den gutgläubigen Erwerber, wie oben gezeigt wurde. Vgl. diesen § sub. I *C i. f.* Der Zeitablauf ist nämlich nicht *causa efficiens* des Untergangs des Rechts, sondern nur *condicio sine qua non* für einen nachfolgenden gutgläubigen Erwerb mit dem Effekte des Eigenthumserwerbs. Erst durch diesen geht das frühere Eigenthum unter.

⁵⁴⁾ Der obligatorische kann ein sehr verschiedenartiger sein, vgl. Comment. z. Art. 207, Not. 3, er ist auch practisch leichter durchführbar.

ihn der Besitz der Sache fingirt, um seine Passivlegitimation herzustellen. Indess wird es im Leben für den Eigenthümer angezeigt sein, für den Fall, dass der bösgläubige Erwerber sich des Besitzes entäussert hat, gegen denselben sogleich eine obligatorische Klage auf Schadensersatz anzustellen, da er überhaupt mit dieser in den meisten Fällen weiter reicht. Für diese letztere verweise ich auf Art. 50 und 51 O. R., allfällige Gegenansprüche des bösgläubigen Erwerbers für Verwendungen sind nach Art. 74 zu beurtheilen.

III. Der Eigenthumsanspruch, der aus dem Eigenthum fliesst, hat zu seinem Fundament das Eigenthum des Klägers an der Sache. Zum Beweise desselben hat der Kläger seinen gutgläubigen Erwerb von seinem Auctor darzuthun,⁵⁵⁾ das genügt; dass die Sache eine gestohlene oder verlorene gewesen sei, oder sonstige Hindernisse des Eigenthumserwerbs hat der Beklagte darzuthun, der sich darauf beruft, dass der Kläger nie Eigenthum erworben habe. Ebenso hat der Beklagte alle die Umstände zu erweisen, aus welchen hervorgehen muss, dass, obwohl der Kläger einmal Eigenthum an der Sache erworben, dasselbe doch nachher wieder erloschen sei, also insbesondere seinen eigenen Erwerb in gutem Glauben oder von einem Auctor, der im guten Glauben Eigenthum an der Sache erworben hatte;⁵⁶⁾ ebenso, dass das vitium der Furtivität durch Ablauf von fünf Jahren seit Abhandenkommen der Sache getilgt und nachher dieselbe in gutem Glauben erworben worden sei etc. Will der Beklagte die Lösungspflicht des Klägers geltend machen nach Art. 206, so hat er ebenfalls alle dieselbe begründenden noth-

⁵⁵⁾ Vgl. Hahn, Comment. II z. Art. 306, § 8. Ich habe hier wie überall nur den Erwerb durch Tradition im Auge; selbstverständlich kann sich der Kläger auch auf noch manche andere originäre Eigenthums-erwerbsarten stützen.

⁵⁶⁾ Dagegen braucht er nicht zu behaupten, dass der Kläger seine Sache mit Willen aus seiner Detention gegeben, wie dies z. B. nach österr. bürgerl. Gb. § 367 geschehen muss.

wendigen Erfordernisse als beim Erwerb vorhanden darzuthun. Replicando oder schon gleich von Anfang an kann der Kläger sich auf die Behauptung stützen, dass die litigiöse Sache ihm gestohlen worden, oder sonst gegen seinen Willen⁵⁷⁾ abhanden gekommen sei, oder dass der Besitzer beim Erwerb bösgläubig oder grob fahrlässig gehandelt habe. Was insbesondere die Frage, ob der Erwerber beim Erwerbe in gutem oder bösem Glauben gewesen sei, anbetrifft, so darf man nicht den guten Glauben beim Besitzer präsumiren;⁵⁸⁾ indessen kann, wer sich auf guten Glauben beruft nicht den in seinem Innern sich abspielenden Vorgang darthun, sondern er muss nur die den Erwerb begleitenden Umstände dem Richter vor Augen führen, aus denen sich das Vorhandensein des guten Glaubens ergeben kann; ob sich derselbe wirklich daraus ergebe oder nicht, darüber zu entscheiden hat das Ermessen des Richters freien Spielraum.

⁵⁷⁾ In der oben § 7, I, A, entwickelten Bedeutung und Beschränkung.

⁵⁸⁾ Man vgl. Rüttimann, Ztschrft. f. schweiz. R. VIII, S. 37. Goldschmidt, Ztschrft. IX, S. 42. Mz. E., Art. 234, 237 und Motive, S. 231. A. M. Brunner in Endemanns Hdbch. II, S. 208.



Thesen.

1. Unter Abwesenden wird der Vertrag perfect, sobald die Aufnahmeerklärung beim Antragsteller eingegangen ist.
 2. Nach gemeinem Recht ergreift das Pfandrecht an einer Sache die Versicherungssumme nicht.
 3. Durch den Domicilwechsel wird das gesetzliche eheliche Güterrecht der Ehegatten nicht verändert.
 4. Die Aussercurssetzung eines Inhaberpapiers hat als einseitiger Act des Inhabers nur dem dritten Nehmer gegenüber rechtliche Wirkung, nicht aber dem Aussteller gegenüber.
 5. Der Chek des schweizerischen O. R. ist, wenn er auf Namen lautet, nicht indossabel.
 6. Nach Art. 720 des schweizerischen O. R. ist für die processualische Wechselstrenge die Eintragung im Zeitpunkt der Eingehung der Verbindlichkeit erforderlich; es genügt auch nicht blosses Verpflichtetsein des Wechselschuldners zur Eintragung im Momente der Eingehung der Verbindlichkeit.
 7. § 46, 2 des St. R. Gb. ist auch in den Fällen anzuwenden, in welchen mit der Vornahme der strafbaren Handlung nothwendig das Wissen einer dabei activ oder passiv betheiligten Person verbunden ist; es gilt dieser Umstand noch nicht als Entdeckung der That.
-

Thesen.

1. Unter Abstraktion wird der Vertrag perfect, sobald die Abstraktion-
erklärung beim Antragsteller eingegangen ist.
2. Nach Abstraktion Recht erfolgt das Eigentum an einer Sache die Ver-
einerungsgewinnung nicht.
3. Nach dem Abstraktionswechsel wird das gesetzliche öffentliche Eigentum der
Abstraktion nicht verändert.
4. Die Abstraktion eines Inhabers hat die Abstraktion an der
Abstraktion nur dann dritten Abstraktion gegenüber rechtlich Wirkung, nicht
die Abstraktion gegenüber.
5. Der Abstraktion des Abstraktion O. B. ist, wenn es ein Abstraktion
nicht Abstraktion.
6. Nach Art. 17 des Abstraktion O. B. ist die Abstraktion die
Abstraktion die Abstraktion der Abstraktion, der Ver-
einerungsgewinnung, es genügt auch die Abstraktion der Abstraktion
der Abstraktion, Abstraktion der Abstraktion im Abstraktion der Abstraktion der
Verabreichung.
7. Der Abstraktion O. B. ist es auch in den Fällen anzuwenden, in welchen
die Abstraktion der Abstraktion Abstraktion notwendig das Wissen
eines Abstraktion oder Abstraktion Abstraktion Abstraktion ist; es gilt
dieses Abstraktion nicht als Abstraktion der Abstraktion.

Waldkirch, Oscar <<von>>,

Erwerb und Schutz des Eigenthums an Mobilien nach Titel VI, Abschnitt I
des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht

1885

J.rel. 1431

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11636900-0